Heinz-Dieter Heescher

UNTERSUCHUNGEN ZUM MERKMAL DER FREIEN ÜBERZEUGUNG IN § 286 ZPO UND § 261 STPO

– VERSUCH EINER NEUBESTIMMUNG –

1974

UNTERSUCHUNGEN ZUM MERKMAL DER FREIEN ÜBERZEUGUNG IN § 286 ZPO UND § 261 StPO
- VERSUCH EINER NEUBESTIMMUNG -

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt
von

Heinz-Dieter Heescher
aus Münster

Münster 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Stree
Dekan:	Prof. Dr. Kollhosser
Tag der mündlichen Prüfung:	15. Juli 1974

G L I E D E R U N G

Seite

§ 1 Einleitung 1

1. Kapitel

Der Geltungsbereich der freien Überzeugung 10

§ 2 Abgrenzung zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung 10

I. Bei unterschiedlicher Bedeutung von natürlichem Begriff und Rechtsbegriff 13

II. Bei inhaltlicher Übereinstimmung von natürlichem Begriff und Rechtsbegriff 14

III. Bei Blankettnormen 16

IV. Im Falle des Bestehens einer Gesamtsituation 19

§ 3 Freie Überzeugung und nicht beweisbedürftige Tatsachen 22

I. Grundsätzliches zu den nicht beweisbedürftigen Tatsachen 22

II. Gesetzliche Vermutungen 23

2. Kapitel

Gegensätzliche Modelle bei der Tatsachenfeststellung 29

§ 4 Das römische Recht 29

§ 5 Die positive Beweistheorie des Gemeinen Rechts 31

Seite

3. Kapitel

Grundsätzliches zum Merkmal der freien Überzeugung 34

§ 6 Der Wortlaut 34

§ 7 Die Entstehungsgeschichte 36

I. Der Strafprozeß 38

II. Der Zivilprozeß 45

§ 8 Die Auffassung der Rechtsprechung 49

I. Die Ansicht des Reichsgerichts 49

II. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs 54

§ 9 Die Ansichten in der Literatur 57

I. Die herrschende Meinung 57

II. Die Mindermeinung 61

III. Stellungnahme und eigener Vorschlag 65

4. Kapitel

Die Bedeutung anderer Prozeßmaximen für den Grundsatz der freien Beweiswürdigung 71

§ 10 Verhandlungsgrundsatz und Strengbeweis im Verhältnis zur freien Beweiswürdigung 71

§ 11 Wahrheitserforschungspflicht und freie Überzeugung 78

5. Kapitel

Die Grenzen der freien Beweiswürdigung 82

§ 12 Der richtig verstandene Begriff der Überzeugung 82

§ 13 Die Bindung des Richters an die Denkgesetze 84

Seite

I. Der Begriff des Denkgesetzes 84

II. Begründungen zur Beachtung der Denkgesetze 85

§ 14 Die Bindung des Richters an die wissenschaftlichen Erkenntnisse 90

I. Der Umfang der Bindung 90

II. Das Verhältnis zur freien Beweiswürdigung 96

§ 15 Das Verhältnis der freien Überzeugung zu den Erfahrungssätzen 101

I. Der Begriff des Erfahrungssatzes 101

II. Die Auffassung des Gesetzgebers 103

III. Die ersten Stellungnahmen in der Literatur 105

IV. Die rechtliche Qualifizierung der Erfahrungssätze 106

V. Die Erfahrungssätze im Zivilprozeß, besonders beim prima facie-Beweis 117

1. Begriff und Bedeutung des prima facie-Beweises 117

2. Die rechtliche Einordnung der Grundsätze über den prima facie-Beweis 121

3. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und dem Zwang, bestimmte Tatsachen feststellen zu müssen 127

4. Folgerungen für das Verständder freien Überzeugung 134

VI. Die Erfahrungssätze im Strafprozeß 144

VII. Zur Frage der Bindung an denkgesetzlich mögliche, aber rational nicht nachvollziehbare Tatsachenfeststellungen 150

Seite

§ 16 Der Einfluß der Begründungspflicht auf die richterliche Überzeugung 158

I. Das Bestehen der Begründungspflicht 158

II. Der Umfang der Begründungspflicht 161

III. Folgerungen für das Merkmal der freien Überzeugung, insbesondere zur Frage der Konsensfähigkeit der verschiedenen Beweismodelle 162

6. Kapitel

Wahrheitsfeststellung nach den beiden Überzeugungsmodellen 177

7. Kapitel

Die Revision nach beiden Beweismodellen 181

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Alsberg	Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 16.1.1928 - -2 D 1027/27- JW 1928, S. 1506
Alsberg-Nüse	Der Beweisantrag im Strafprozeß, 4. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1969
Ankermann	Schwerwiegende Zweifel in § 1600 o Abs. 2 Satz 2 BGB NJW 1974, S. 584 ff.
Arzt	Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, S. 223 ff., Tübingen 1974
ders.	Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1973 - 2 BuR 475/71- JZ 1973, S. 504 ff.
Bachof	Die Rechtsprechung des BVerwG (BVerwGE Bd. 13-19) JZ 1966, S. 436 ff.
ders.	Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.12.1971 -IC 31.68- JZ 1972, S. 208
Bähr	Die Grenzen der freien Beweistheorie, Jherings Jahrbücher, Bd. 25, S. 394 ff, Jena 1887
Baldus	Versäumte Gelegenheiten; Zur Auslegung des § 338 Nr. 8 und des § 267 Abs. 1 S. 2 StPO in Ehrengabe für Bruno Heusinger, S. 373, München 1968
Bar	Recht und Beweis im Geschworenengericht, Hannover 1865
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann	Zivilprozeßordnung Kurzkommentar, 31. Aufl., München 1973 (zit. Baumbach-Lauterbach)
Beling	Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß, Breslau 1903

Bendix	Die freie Beweiswürdigung des Strafrichters. Ein Beitrag zum Relativismus der Rechtsanwendung, GA 63 (1917), S. 31 ff.
Benisch	Beweisführung bei abgestimmten Verhaltensweisen in Entwicklungstendenzen in Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik, Berlin 1973, S.21 ff
Berkemann	Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht, JZ 1971, S. 537
Bernhardt	Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß in Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München und Berlin 1949, S. 9 ff.
Bettermann	Die Beweislast im Verwaltungsprozeß (Referat) in Verhandlungen zum sechsundvierzigsten Deutschen Juristentag, Essen 1966, Bd. II (Sitzungsberichte) E, S. 26 ff., München und Berlin 1967 (weiterhin zit. 46. DJT)
Bierling	Juristische Prinzipienlehre, 1. - 5. Bd., 4. Bd. = Praktische Handhabung und wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts, 1911, Freiburg i. Br. - Leipzig 1894 - 1917
Blomeyer	Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963
ders.	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Empfiehlt es sich, das Recht der Beweislast und der Beweiswürdigung durch gesetzliche Vorschriften fortzubilden und in welchem Sinne? (Gutachten) in 46. DJT, Bd. I (Gutachten) 2 A
Blunck	Beweiswürdigung und rechtliche Würdigung im Strafurteil, MDR 1970, S. 470

Bockelmann	Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, GA 1955, S. 321 ff.
Böhme	Zum Begriff der Überzeugung beim Urteil, DRiZ 1960, S. 20
Bohne	Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, Köln 1948 (zit.Psychologie)
ders.	Mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, NJW 53, S. 1377
Bolding	Sachaufklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß (Referat) in Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung. Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung anläßlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Kiel vom 8. bis 11.9.1965 (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Heft 30), Frankfurt und Berlin 1966 (weiterhin zit. Freiheit)
Bosch	Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5.3.1958 -IV ZR 307/57- FamRZ 1958, S. 169
Brodmann	Zur Lehre von der Beweislast, AcP 98, (1906) S. 66 ff.
Brüning	Die Revisibilität der Erfahrungssätze im Rahmen der Tatsachenfeststellung, Diss. Mainz-Diez, 1953
Bruns	Zivilprozeßrecht. Eine systematische Darstellung, Berlin und Frankfurt 1968
Bullinger	Ermessen und Beurteilungsspielraum, Versuche einer Therapie, NJW 1974, S. 759 ff.
Busch	Der Zwiespalt der deutschen Gesetzgebung in Bezug auf den Beweis in Civil- und Strafsachen und die daraus entstehenden Nachtheile, AcP 37, S. 63 ff.

Dänzer	Die tatsächliche Vermutung. Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozeß, Mannheim-Berlin-Leipzig 1914
Diederichsen	Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, ZZP 81, S. 45 ff.
ders.	Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweis und Anscheinsbeweis, VersR 66, S. 212
Döhring	Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß. Beweiserhebung und Beweiswürdigung, Ein Lehrbuch, Berlin 1964
Dohna Graf zu	Das Strafprozeßrecht, 3. neubearb. Aufl., Berlin 1929
Drost	Das Ermessen des Strafrichters, zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt, Berlin 1930
Ehrenzweig	Die "freie Überzeugung" des Richters, JW 1929, S. 85 ff.
Ehrlicher	Der prima facie-Beweis - Die Berücksichtigung prozessualer Billigkeit bei Bildung der richterlichen Überzeugung, Diss. Göttingen 1927
Ekelöf	Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZP 75. Bd., S. 289 ff.
Endemann	Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg 1860
ders.	Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse, AcP 41, S. 92 ff.
ders.	Die freie Prüfung des Zeugenbeweises, AcP 42, S. 246 ff.

Engisch	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. erg. Aufl., Heidelberg 1963 (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Jahrg. 1960, 1. Abh.) (zit. Logische Studien)
ders.	Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken. Vortrag, gehalten beim 491. Stiftungsfest der Ludwig-Maximilian-Universität München am 6. Juli 1963, München o. J.
Erbs	Handkommentar zur Strafprozeßordnung mit Text des Gerichtsverfassungsgesetzes (Strafgerichtsbarkeit) in der ab 1. Okt. 1950 geltenden Fassung, Frankfurt und Bonn 1956
Esser	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt/M. 1972. (zit. Vorverständnis)
ders.	Diskussion in "Freiheit"
Feuerbach	Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht, Landshut 1813
Fezer	Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß, Diss. Tübingen 1970
Francke	Umstrittene richterliche Überzeugung, DRiZ 1960, S. 434 f.
Friederichs	Sachverständigengruppe und ihr Leiter - Fortentwicklung des Sachverständigenbeweisrechts? JZ 1974, S. 257 ff.
Fuchs	Zur juristischen Neuorientierung, JW 1917, S. 633 ff. (Fortsetzung aus Nr. 8, 1917)
Gaul	Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, S. 27 ff.
Gautschi	Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen, Zürich 1913

Geerds	Revision bei Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Ein Beitrag zum Umfang und zur Art richterlicher Kontrolle, in Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, S. 267 ff., Tübingen 1974 (zit. Einheit)
Glaser	Handbuch des Strafprozesses, Leipzig 1883 - 1885 (zit. Handbuch)
ders.	Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Wien 1883 (zit. Beiträge)
Göppinger	Die Reform des Rechts der nichtehelichen Kinder (zum Gesetz vom 19. 8. 1969, BGBl. I 1243), JR 1969, S. 401 ff.
Goldschmidt	Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925
Grimms	Deutsches Wörterbuch, 11. Bd. II. Abt., Leipzig 1936
Grünwald	Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, S. 489 ff.
Grunsky	Grundlagen des Verfahrensrechts, eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, Bielefeld 1970
Hagel	Der Anscheinsbeweis für grobe Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs, VersR 1973, S. 796 ff.
Hainmüller	Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, Juristisches Studium, Bd. I, Tübingen 1966
Hartung	Zur Frage der Revisibilität der Beweiswürdigung, SJZ 1948, S. 579 ff.
Haverkate	Offenes Argumentieren im Urteil, ZRP 1973, S. 281 ff.

Hedemann	Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, Jena 1904 (Abh. zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 11, H. 2)
Heilbron	Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 235, Breslau 1929
Heinsheimer	Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz in Festschrift für Franz Klein, Wien 1914, S. 133 ff.
Hellwig	Wahrheit und Wahrscheinlichkeit im Strafverfahren, Gerichtssaal 88, S.417 ff.
Henke	Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Schriften zum Prozeßrecht, Bd. I, Berlin 1966 (zit. Tatfrage)
ders.	Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort, ZZP 81, S. 196 ff.
Henkel	Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
von Hippel	Der Deutsche Strafprozeß, Lehrbuch, Marburg 1941
Hruschka	Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung, Berlin 1965
Jessnitzer	Der gerichtliche Sachverständige, Ein Handbuch für die Praxis, 4. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1973
Kaser	Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966
ders.	Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß, SZ 71 (1954), S. 221 ff.

Kaufmann	Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 71, S. 569
Kegel	Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in "Das Unternehmen in der Rechtsordnung", Festschrift für Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 322 ff.
Kern-Roxin	Strafverfahrensrecht, 11. Aufl., München 1972
Klauser	Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO), JZ 1968, S. 167 ff.
ders.	Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7.7.1970 -VI ZR 233/69- JZ 1971, S. 230 f.
Kleinknecht	Das Fehlurteil im Strafprozeß, GA 1961, S. 45 ff.
ders.	Strafprozeßordnung, Kurzkommentar, 31. Aufl., München 1974
Klug	Die Verletzung von Denkgesetzen als Revisionsgrund, in Festschrift für Philipp Möhrung, München und Berlin 1965, S. 363 (zit. Denkgesetze)
ders.	Beweisverbote im Strafprozeß (Referate), in 46. DJT, Bd. II (Sitzungsberichte) F, S. 30 ff.
Koch	Zur Analyse richterlicher Entscheidungen, Diss. Frankfurt 1971
Kohler	In Encyklopädie der Rechtswissenschaft, begr. von Dr. Franz von Holtzendorf, hrsg. von Dr. Josef Kohler, Bd. 2, S. 113 ff., 6. Aufl. Leipzig und Berlin 1904
Kohlhhaas	Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1954 -III StR 87/53- BGH LM Nr. 17 zu § 261 StPO

Kohlrausch	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Textausgabe Anm. und Nebengesetze, 24. Aufl., Berlin-Leipzig 1936
Kollhosser	Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - Entwicklung und aktuelle Bedeutung, Diss. Mainz 1963 (zit. Dissertation)
ders.	Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - zugleich ein Beitrag zum allgemeinen Verfahrensrechts, München 1970 (zit. Zur Stellung)
ders.	Besprechung von Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, AcP 167, S. 451 ff.
Korsch	Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis, Bonn 1911
Krause	Grenzen richterlicher Beweiswürdigung im Strafprozeß, in Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, S.323 ff Tübingen 1974
Kriele	Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (Schriften zum öffentl. Recht, Bd. 41), Berlin 1967
Kries	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892
Krieter	Historische Entwicklung des "Prinzips der freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß, Diss. Göttingen 1926
Kuchinke	Grenzen der Nachprüfbarkeit richterlicher Würdigung und Feststellung in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964, (zit. Grenzen)

Kuchinke	Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung (Referat), in Freiheit ...
Küper	Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967
Lagréze	Die Erfahrungssätze im Zivil- und Strafprozeß, Diss. Halle-Berlin 1938
Lampe	Die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft bei Strafurteilen, GA 1968, S. 33 ff.
Lange	Das neue Nichtehelichenrecht, NJW 1970, S. 297 ff.
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York, 1969
ders.	Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958
Leipold	Beweislastregeln und gesetzliche Vermutung, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten (Schriften zum Prozessrecht, Bd. 4), Berlin 1966
ders.	Einige Bemerkungen zur Vermutung der nichtehelichen Vaterschaft (§ 1600 o BGB), FamRZ 1973, S. 65 ff.
Leonhard	Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926
Lepa	Die Beweiswürdigung - ihr Verhältnis zur Beweislastverteilung und ihre Regeln, DRiZ 1966, S. 112 ff.
Lobe	Zur Würdigung der VO über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Jan. 1924, DJZ 1924, S. 81 ff.

Lobe	Die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, DJZ 1924, S. 157 ff.
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 22. Aufl., Berlin und New York 1971
Luhmann	Legitimation durch Verfahren (Soz. Texte, Bd. 66), Neuwied und Berlin 1966
Manigk	Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der jur. Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1. Okt. 1929, 6. Bd., Berlin - Leipzig 1929
Mannheim	Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1929 (zit. Revision)
ders.	Anm. zum Urteil des Reichsgerichts vom 20. 1. 1927 - 2 D 1043/26 - JW 1928, S. 1230
Mayer	Der Sachverständige im Strafprozeß, in Festschrift für Edmund Mezger, S. 455 ff., München und Berlin 1954
Mezger	Der psychatrische Sachverständige im Prozeß, AcP-Beilageheft zu Bd. 117, Tübingen 1918 (zit. Sachverständige)
Mittermaier	Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht, Stuttgart und Tübingen 1945
Möser	Patriotische Phantasien, Bd. 1, Bd. 4, Berlin 1780, Ausgabe Berlin 1858, Nr. 30
Müller	Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, Frankfurt 1973

Niese	Zur Frage der freien richterlichen Überzeugung (zum Urteil des BGH vom 21.5.1953 -3 StR 9/53- GA 1954, S. 148 ff.
Nickisch	Zivilprozeßrecht. Ein Lehrbuch, 2. erg. Aufl., Tübingen 1952
Nüse	Zu den Beweisverboten im Strafprozeß, JR 1966, S. 282 ff.
Oepen	Bewertungsskalen in anthropologisch-erbbiologischen Vaterschaftsgutachten, NJW 1970, S. 499 ff.
Oetker	Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 16.10.1928 -2 OSt 196/28- JW 1930, S. 1106
von Olshausen	Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 39, 197, JuS 1973, S. 217 ff.
Pagendarm	Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe, Diss. Marburg-Quakenbrück, 1928
Patermann	Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen Deutschen Zivilprozeß, in Gesetzgebung und Lehre, Diss. Bonn 1970
Pawlowski, Enka	Der prima facie-Beweis bei den Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 60), Göttingen 1966
Pawlowski, Hans M.	Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP Bd. 80, S. 345 ff.
Peters, Egbert	Zeugnisverweigerung als Beweisgrund, ZZP Bd. 77, S. 444 ff.
ders.	Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP, Bd. 76, S. 145 ff.

Peters, Karl	Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966 (zit. LB)
ders.	Anmerkung zum Urteil des Bayrischen Obersten Landesgerichts vom 14.7.1971 -8 St 51/71- JR 1972, S. 30 ff.
ders.	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren (Gutachten), in 46. DJT, Bd. I (Gutachten) 3 A, S. 91 ff.
ders.	Der Strafprozeß in der Fortentwicklung, zugleich ein Nachtrag zur 2. Aufl. (1966) des Lehrbuchs "Strafprozeß", Karlsruhe 1970
Petry	Beweisverbote im Strafprozeß, Darmstadt 1971
Pieper	Richter und Sachverständiger im Zivilprozeßrecht, ZZP, 84. Bd., S. 1 ff.
Planck	Lehrbücher des Deutschen Rechts, in Verbindung mit mehreren Gelehrten hrsg. von Max Seidel, Bd. I, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, München 1891
ders.	Bemerkungen zum Entwurf (Entwurf für eine neue Zivilprozeßordnung für das Königreich Bayern), München 1861, in Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 4, S. 250 ff., München 1862
Pohle	Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930
ders.	Bemerkungen zur Lehre von der Beweislast, MDR 1949, S. 386
Prölls	Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966
Radbruch	Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969

Rosenberg	Die Beweislast auf der Grundlage des BGB und der ZPO, 5. Aufl., Berlin 1965 (zit. Beweislast)
ders.	Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 7.11.1931 -327/31 IX- JW 32, S. 1736 f.
Rosenberg-Schwab	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 10. Aufl., München 1969
Salinger	Zum Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten, JW 1917, S. 4 ff.
Sarstedt	Beweisregeln im Strafprozeß, in Berliner Festschrift für Ernst Hirsch, S. 171 ff., Berlin 1968 (zit. Beweisregeln)
ders.	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962 (zit. Revision)
Sauer	Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951
von Savigny	Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung, Berlin 1846, GA Bd. 6, S. 471 ff.
von Scanzoni	Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen? JW 1928, S. 2181 ff.
ders.	Richterliche Überzeugung, NJW 1951, S. 222 zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5.12.1950, NJW 1951, S. 83
Scheuerle	Rechtsanwendung, Nürnberg und Düsseldorf 1952 (zit. Rechtsanwendung)
ders.	Beiträge zum Problem der Trennung von Tat und Rechtsfrage, AcP 157, S. 1 ff. (zit. Beiträge)
Schlotz	Die Ermessensentscheidung im Zivilprozeß, Diss. Frankfurt-Solingen 1969

Schlüter	Das Obiter dictum, München 1973
Schmidt, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil 1: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964 Teil 2: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Tübingen 1957
ders.	§ 261 StPO in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, JZ 1970, S. 337
Schmidt, Eike	Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt 1973
Schmidt, J. P.	Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß, Diss. Köln 1971
Schmidthäuser	Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 511 ff., Göttingen 1961
Schneider	Beweis und Beweiswürdigung. Ein Lehrbuch und Handbuch unter bes. Berücksichtigung des Zivilprozesses, 2. Aufl. München 1971 (zit. Beweis)
ders.	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivilprozeß, DRiZ 1966, S. 281
Schneidewin	Aus der Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 3. In Strafsachen, in Lobe, 50 Jahre Reichsgericht am 1. Okt. 1929, S. 270 ff., Berlin-Leipzig 1929
Schönke-Kuchinke	Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969
Schöpf	Die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung bei der Rechtsanwendung, Diss. Erlangen 1971

Schreiber	Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß, Berlin-Heidelberg-New York 1968
Schuler	Tatfragen und Rechtsfragen im zivilen Revisionsverfahren, NJW 1961, S. 4 ff.
Schwab	Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.10.1971 -II ZR 30/70- ZZP, 85. Bd., S. 245
ders.	Besprechung von Wassermeyer, Der prima facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen, JZ 1955, S. 255 f.
Schweling	Die Revisibilität der Erfahrung, ZStW 83, S. 435 ff.
Schwering	System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozeß, Diss. Karlsruhe 1969
Schwindt	Zum Stand des gesicherten Wissens in der kriminologischen Forschung, JR 1974, S. 12 ff.
Schwinge	Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 213), Breslau 1926 (zit. Kampf)
ders.	Grundlagen des Revisionsrechts, rechtsdogmatisch, rechtsvergleichend und rechtspolitisch dargestellt, Bonn 1935 (zit. Grundlagen)
Sebba	Die richterliche Überzeugung. Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis, ZZP, 37. Bd., S. 63 ff.
Seibert	In dubio pro reo, DRZ 1949, S. 557
ders.	In dubio pro reo und Revision, NJW 1955, S. 172
ders.	Immer wieder: in dubio pro reo, JZ 1963, S. 616 ff.
ders.	Geschichte und Praxis der Emminger-Verordnung, DRiZ 1972, S. 351

Simon	Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß (Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, Heft 54), München 1969
Smid	Der prima facie-Beweis, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen, Diss. Berlin 1925
Spendel	Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964, S. 465 ff.
ders.	Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, S. 1102
Stein, Friedrich	Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893 (zit. privates Wissen)
Stein,	Zur Beweiswürdigung demoskopischer Gutachten über Fragen der Verkehrsgeltung im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1972, S. 73 ff.
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I und II, 19. Aufl., Tübingen 1972
Steinwenter	Rhetorik und römischer Zivilprozeß, SZ 65, S. 69 ff.
Stree	In dubio pro reo, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 5, Tübingen 1962
Sturm	Revision und Gesetz beim Strafurteil, ZStrW 36, S. 45 ff.
Theuerkauf	Beweisführungslast und Treu und Glauben, MDR 1962, S. 449 (zit. Beweislast)
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 7. Aufl., München 1974
Tietgen	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß (Gutachten), in 46. DJT, Bd. I (Gutachten) 2 B

Ullmann	Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts, München 1893
Wach	Die That- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß, JW 1881, S. 73 ff.
ders.	Vorträge über die Reichs- (C) Zivilprozeßordnung, gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879, 2. Aufl., Bonn 1896
Warda	Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1962
Wassermeyer	Der prima facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen. Eine Studie über die rechtliche Bedeutung der Erfahrungssätze, Münster 1954
ders.	Anmerkung zu den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 14.12.1953 -III ZR 183/52- und 3.2.1954 -VI ZR 332/52- NJW 1954, S. 1119
ders.	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß (Referat zum Gutachten Blomeyer), in 46. DJT, Bd. II (Sitzungsberichte) E, S. 7 ff.
Weimar	Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungen, Basel und Stuttgart 1969
Wenzel	Das Fehlen der Beweisgründe im Strafurteil als Revisionsgrund, NJW 1966, S. 577 ff.
Werner	Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, Diss. Würzburg 1970
Wessels	Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, JuS 1969, S. 1 ff.

Wetzell	System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878
Wimmer	Überzeugung, Wahrscheinlichkeit und Zweifel, DRZ 1950, S. 390 ff.
Wolff	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 8. Aufl., München 1971
Zeiler	Was ist richterliche Überzeugung?, LZ Bd. 27, 1933, S. 272
Zillmer	Lückenhafte Beweiswürdigung im Strafprozeß als Revisionsgrund, NJW 1965, S. 720 ff.

Materialien

Hahn	Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Berlin 1879 - 1880 2. Materialien zur Civilprozeßordnung 1880
ders.	Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Berlin 1885 3.1 Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. 2. 1877 3.2 Materialien zur Strafprozeßordnung 1881

A b k ü r z u n g e n

Die benutzten Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968

§ 1 EINLEITUNG

Gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. Ähnlich bestimmt § 261 StPO, daß das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung entscheidet. Beide Prozeßordnungen verzichten, von wenigen Ausnahmen abgesehen, darauf, die Tatfrage durch Aufstellen bestimmter Beweisregeln selbst zu lösen. Vielmehr überlassen sie die Tatsachenfeststellung der freien Überzeugung des Tatsachenrichters. Damit kommt dem Merkmal der freien Überzeugung in der für die meisten Prozesse wichtigsten Frage, nämlich der Feststellung der Tatsache, entscheidende Bedeutung zu. Dies und der Umstand, daß es sich bei der Überzeugung um einen zumindest bei der Zugrundelegung des allgemeinen Sprachgebrauchs schlechterdings subjektiv, ja sogar emotional gefärbten Begriff handelt, der in einem auf Klarheit und Berechenbarkeit angelegten Rechtssystem als besonders interpretationsbedürftiger Fremdkörper erscheint, hätten es erwarten lassen, daß Rechtsprechung und Literatur sich intensiv mit der Frage befaßt hätten, was mit dem Merkmal der freien Überzeugung gemeint ist und in welchem Verhältnis der Grundsatz der freien Beweiswürdigung zur Gesamtprozeßordnung steht.
Rechtsprechung und Literatur begnügen sich indes zumeist mit dem Hinweis darauf, der Richter könne völlig frei nach seiner persönlichen Überzeugung

die Frage entscheiden, ob eine Tatsache wahr sei.[1] Damit wird die Problematik der freien Überzeugung keineswegs erschöpft. Vielmehr verbergen sich hinter der Formulierung "nach freier Überzeugung" zahlreiche Schwierigkeiten,[2] von denen bereits hier einige angesprochen werden sollen.

Die ganz überwiegende Ansicht[3] definiert Überzeugung als subjektive Gewißheit und erklärt, die zur Tatsachenfeststellung erforderliche Gewißheit sei dann erreicht, wenn der Richter nicht mehr den leisesten Zweifel an der Wahrheit einer Tatsache habe. Bereits hier erhebt sich die Frage, welche Anforderung an die Überzeugung zu stellen sind. Muß es sich dabei im Interesse der Annahme durch die Betroffenen um eine vernünftige, logische Überzeugung handeln, muß also, anders ausgedrückt, der Richter bei der Beweiswürdigung soweit wie möglich von seiner Person absehen und sich in die Rolle eines objektiven, "auf der Höhe der Bildung seiner Zeit stehenden Dritten"[4] versetzen oder handelt es sich bei der Überzeugung um einen ureigenen, unvertretbaren, teilweise irrational geprägten und damit letztlich nicht überprüfbaren Gesamtpersönlichkeitsakt? Darüberhinaus ist sogar zweifelhaft, ob der Richter sich überhaupt zu einer echten, gefühlsbetonten Überzeugung durchringen muß oder ob er es bei einem bloßen Wahrscheinlichkeitsurteil bewenden lassen kann.[5]

---

1) Daß das Merkmal der freien Überzeugung selbst nicht näher untersucht worden ist, wird auch von Eb.Schmidt JZ 70, 337 betont.
2) Vgl. Bruns LB § 32 II 6
3) Dazu unten S.49 ff
4) Rosenberg (Beweislast) S. 62
5) Die Frage stellt Esser (Freiheit) S. 66, 67

Die letztere Auffassung wird neuerdings von einem Teil der Literatur[1] in Anlehnung an die nordische Prozeßwissenschaft vertreten. Das mag angesichts der Formulierung "nach freier Überzeugung" zunächst überraschen, wird aber verständlich, wenn man berücksichtigt, daß die h.M. von ihrem Ausgangspunkt, daß für die Tatsachenfeststellung nämlich die Erlangung der Gewißheit entscheidend sei, sehr weit abgerückt ist.

Besonders deutlich wird das in der Rechtsprechung zum prima facie-Beweis. Davon spricht man, wenn ein typischer Sachverhalt gegeben ist, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache und auf irgendein fahrlässiges Verhalten schließen läßt. Wird dem Richter ein solcher Lebenssachverhalt vorgetragen und bewiesen, so muß er zumindest vorläufig davon ausgehen, daß die Handlung kausal für den eingetretenen Erfolg war und daß dem Schädiger ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist. Darüber, ob ein typischer Sachverhalt vorliegt, entscheidet letztlich das Revisionsgericht. Nimmt dieses einen typischen Sachverhalt an, so weist es den Tatsachenrichter an, eine bestimmte Tatsache als wahr anzusehen, also überzeugt zu sein. Ein solches Vorgehen dürfte schwerlich mit der freien Überzeugung vereinbar sein, wenn man darunter im Einklang mit der h.M. ein persönliches, emotional betontes Fürwahrhalten versteht. Hingegen stellt sich dieses Problem nicht, wenn für die Tatsachenfeststellung nicht entscheidend ist, ob gerade der urteilende Tatsachenrichter die innere Gewißheit erlangt hat, sondern wenn es maßgeblich darauf ankommt, daß ein verständiger Richter die Tatsache als bewiesen ansähe.

---

1) Dazu unten S. 61 ff

Erheblich eingeschränkt wird die Freiheit des Richters ferner bei der Würdigung eines Sachverständigengutachtens. Wenn das Gesetz auch hier die freie Überzeugung des Richters entscheiden läßt, so geht es davon aus, daß der Richter, nachdem ihm der Sachverständige die fehlende Sachkunde vermittelt hat, selbst in der Lage ist, eigenständig den umstrittenen Sachverhalt zu beurteilen. Insbesondere bei komplizierten technischen Fragen kann der Richter den Inhalt des Gutachtens häufig nicht einmal nachvollziehen, geschweige denn kritisch auf seine Richtigkeit prüfen und notfalls widerlegen. Er kann allenfalls überprüfen, ob das Gutachten Unklarheiten und Widersprüche aufweist. Davon abgesehen bleibt ihm nichts anderes übrig, als dem Gutachten im Vertrauen auf den wissenschaftlichen Ruf seines Erstellers zu folgen. Will er das nicht, weil er persönlich voll davon überzeugt ist, daß die Erkenntnisse des Gutachters unrichtig sind, fehlt ihm aber, wie zumeist, ausreichende Sachkunde, um die Erkenntnisse zu widerlegen, so wird ihm vom Revisionsgericht unmißverständlich gesagt, daß es nicht auf seine Überzeugung, sondern auf die Auffassung des Sachverständigen ankommt. Wie dies mit dem Grundsatz, nach dem maßgebliches Kriterium für die Tatsachenfeststellung die ureigene persönliche Überzeugung des Richters ist, vereinbart werden kann, erscheint zweifelhaft.

In die Freiheit der Beweiswürdigung wird auch in anderer Weise eingegriffen. Nach h. M. [1] darf sich der Richter nicht mit der Feststellung begnügen, für die Richtigkeit der Tatsache spreche eine an

---

1) Dazu unten S. 49 ff

Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Er muß vielmehr darüberhinausgehend die subjektive Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache gewinnen. Sicherlich gibt es Fälle, in denen sich beim Richter im Laufe der Verhandlung die gefühlsmäßig betonte Erkenntnis einstellt, die Sache sei genau so gewesen, wie er sie sich vorstellt. Da der Richter einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt festzustellen hat,[1] den die Beteiligten in unterschiedlicher Weise darstellen, wird sich die subjektive Gewißheit indes in vielen Fällen selbst dann nicht einstellen, wenn für die Richtigkeit der Tatsache eine erhebliche Wahrscheinlichkeit spricht. Falls Überzeugung als emotional betontes Fürwahrhalten verstanden werden muß, dürfte der Richter, der beispielsweise trotz erheblicher Belastung des Angeklagten aus irgendeinem Grunde die persönliche Gewißheit nicht erlangen kann, nicht zur Tatsachenfeststellung kommen, und zwar selbst dann nicht, wenn er erkennt, daß ein anderer Richter nicht mehr den leisesten Zweifel an der Tat hätte.
Mit der Begründung, der Tatsachenrichter habe den Begriff der Überzeugung verkannt, da er nicht beachtet habe, daß Überzeugung nur die Überwindung realer Zweifel verlange, zwingt das Revisionsgericht in zahlreichen Entscheidungen[2] den Tatsachenrichter entgegen dessen Überzeugung zur Feststellung. Dies wäre unbedenklich, wenn es sich dabei nur um Fälle handelte, in denen der Tatsachenrichter deswegen nicht zur Feststellung kommt, weil er irriger Weise dazu mathematische Sicherheit bzw. Wahrheit

---

1) Das gilt auch gemäß § 286 ZPO für den Zivilprozeß, sofern die Tatsache zwischen den Parteien streitig ist.
2) Dazu unten S. 82 ff

im philosophischen Sinne verlangt. Eine Analyse der Entscheidungen[1] zeigt indes, daß in nahezu allen Fällen, in denen die Revision die Beweiswürdigung mit dieser Begründung beanstandet, der Richter durchaus reale Zweifel nicht hatte überwinden können. Auch in diesen Fällen kommt es demnach nicht auf die persönliche Meinung des Tatrichters, sondern auf die Auffassung des Revisionsrichters an.

Zweifel gegen die Richtigkeit der Auffassung, Überzeugung sei subjektives Fürwahrhalten ohne jeden Zweifel, ergeben sich auch noch aus anderen Gründen. Wie bereits ausgeführt, wird sich die von der h.M. verlangte subjektive Gewißheit in vielen Fällen nicht von selbst einstellen. Um einerseits dennoch zur Tatsachenfeststellung zu kommen und andererseits das Dogma vom subjektiven Fürwahrhalten ohne jeden Zweifel nicht durchbrechen zu müssen, vertritt die h.M. den Standpunkt, es sei möglich, die innere Gewißheit durch einen Willensentschluß zu erlangen. Folgerichtig verlangt sie auch in diesen Fällen vom Richter, in den Gründen keine Zweifel laut werden zu lassen, sondern stets vorzugeben, von der Richtigkeit der festgestellten Tatsachen voll überzeugt zu sein. Ob mit dem Schritt aus dem Beratungszimmer tatsächlich alle Zweifel im Bewußtsein des Richters ausgelöscht werden können, erscheint mehr als zweifelhaft. Wenn dem nicht so ist, würde der Richter zu einer Begründungsunehrlichkeit veranlaßt.

Zwischen der Überzeugung und der Pflicht, diese zu begründen, besteht ohnehin ein Spannungsverhältnis.

---

1) Dazu unten S. 82 ff

Der Begriff der freien Überzeugung ist der den französischen Schwurgerichtsprozeß beherrschenden conviction intime nachgebildet worden. Im französischen Schwurgerichtsprozeß konnten die Geschworenen die Schuldfrage allein anhand ihrer conviction intime, also ihrer innersten Überzeugung entscheiden. Sie brauchten keine Rechenschaft darüber abzugeben, warum sie eine Tatsache als bewiesen ansahen. Dies hatte mehrfache Gründe. Der Hauptgrund war, daß die Geschworenen als Repräsentanten des Volkes in einem derartig hohen Ansehen standen, daß ihre Person allein Garant für einen unparteiischen Schuldspruch war. Im Gegensatz zum französischen Schwurgerichtsprozeß ist der Richter im Zivilprozeß gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO kraft ausdrücklicher Anweisung, im Strafprozeß aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung, verpflichtet zu begründen, warum er eine Tatsache als bewiesen ansieht. Dies legt den Schluß nahe, daß für die Tatsachenfeststellung nicht die Erlangung der inneren Gewißheit entscheidend ist, sondern daß es maßgeblich darauf ankommt, ob es dem Richter gelingt, in einer Dritte überzeugenden Weise seine Feststellungen zu begründen. Dadurch würde das Merkmal der Überzeugung deutlich objektiviert.

Schließlich sei noch auf folgende Schwierigkeit hingewiesen. Der Richter hat einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt festzustellen. Er kann nicht mit Sicherheit wissen, wie sich das von ihm zu beurteilende Geschehen tatsächlich abgespielt hat. Der Richter muß sich mit einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung begnügen. Das Gesetz selbst hat nicht bestimmt, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an

eine Tatsache als bewiesen anzusehen ist. Es gibt Fälle, in denen der Richter mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit Tatsachen feststellen kann. Bei der Feststellung bestimmter Sachverhalte kann ein solch hoher Wahrscheinlichkeitsgrad nicht erreicht werden. Um die Erreichung des Zwecks, den das materielle Recht mit bestimmten Vorschriften verfolgt, nicht zu gefährden oder aus allgemeinen Billigkeitserwägungen heraus begnügt sich die Rechtsprechung mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad. Dazu bietet der prima facie-Beweis ein augenfälliges Beispiel.
Er kommt bei Sachverhalten zur Anwendung, die ihrer Natur nach nicht bis in alle Einzelheiten aufgeklärt werden können, mithin nur eine "Irgendwie-Feststellung"ermöglichen. Wenn der Richter in diesen Fällen eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt, so könnte er nicht zur Feststellung kommen. Er müßte die Entscheidung den Beweislastregeln überlassen. Nach h. M. ermöglicht das starre Beweislastsystem in diesen Fällen keine sachgerechte Entscheidung. Zur Behebung der Beweisnot des Klägers werden geringere Anforderungen an die Beweiskraft gestellt. Dennoch verlangt die Rechtsprechung unter weitgehender Billigung der Literatur auch in diesen Fällen die volle Überzeugung des Richters. Die Frage, wie der Richter die innere Gewißheit, das Fürwahrhalten ohne jeden Zweifel, das Gefühl es sei so und nicht anders gewesen gewinnen soll, wo er doch weiß, daß in diesen Fällen für die Richtigkeit der Tatsache lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht, wird nicht beantwortet.

Im folgenden soll, und zwar auf den Zivil- und Strafprozeß beschränkt, untersucht werden, ob das Verständnis der h. M. vom Wesen der richterlichen Uberzeugung zutrifft. Dabei wird insbesondere auf die Frage einzugehen sein, ob nicht Rechtsprechung und Literatur ihren eigenen Grundsatz, nach dem über die Tatsachenfeststellung allein die ureigene, unvertretbare, aufgrund eines irrational geprägten Persönlichkeitsakts gewonnene Überzeugung entscheidet, in einer Weise durchbrochen haben, die es rechtfertigt, das überkommene Überzeugungsmodell aufzugeben und das Merkmal der freien Überzeugung in neuer Weise zu bestimmen.

1. Kapitel

Der Geltungsbereich der freien Überzeugung

§ 2 ABGRENZUNG ZWISCHEN TATSACHENFESTSTELLUNG UND RECHTLICHER WÜRDIGUNG

Der äußerst komplexe Vorgang der richterlichen Entscheidung wird herkömmlicherweise in zwei Abschnitte untergliedert, der Feststellung des Sachverhalts und der rechtlichen Würdigung. Die freie Überzeugung des Gerichts entscheidet gemäß § 286 ZPO nur darüber, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nichtwahr zu erachten sei. Auf Rechtssätze erstreckt sich der Beweis gemäß § 293 ZPO nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn es um ausländische Rechtssätze, Gewohnheitsrecht oder Statuten geht. Nach § 261 StPO entscheidet die freie Überzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme; diese erstreckt sich gemäß § 244 Abs. 2 StPO auf alle Tatsachen, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Im Zivil- wie im Strafprozeß ist demnach die freie Überzeugung nur für die Feststellung der Tatsachen, nicht aber für deren rechtliche Würdigung maßgebend.

Wenn das Gesetz diese Unterscheidung trifft, so setzt es, wie insbesondere aus § 561 Abs. 2 ZPO hervorgeht, wie selbstverständlich voraus, daß Tatsachenfeststellung und rechtliche Würdigung logisch auseinandergehalten werden können.[1] In der Regel macht die

---

1) Das war auch die Auffassung des Gesetzgebers. Vgl. Hahn, die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung (1880, 1. Abt. S. 141-142, 364, 366, 371, 736)
Zur Bedeutung der Trennung vgl. BGHZ 30, S. 95; BGHSt 10, 129 (131); Mannheim (Revision) S. 61; Kuchinke (Grenzen) S. 61; Henke (Tatfrage) S. 139-142, Schuler, NJW 61, 4 (5)

Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage denn auch keine Schwierigkeiten. Der Richter stellt zunächst fest, welche Tatsachen wahr sind. Er läßt oder sollte sich dabei zumindest ausschließlich von einem kognitiven Interesse an der Erkenntnis der Wirklichkeit leiten lassen.[1] Erst wenn er sich Wahrheit über die Urteilsgrundlagen verschafft hat, kann er mit der abschließenden rechtlichen Würdigung beginnen. Diese ist anders als die Tatsachenfeststellung volitiv geprägt, d.h., daß es dem Richter in erster Linie darum geht, eine gesollte Ordnung zu verwirklichen.[2]

Tatsachenfeststellung und rechtliche Beurteilung stehen allerdings im engsten Zusammenhang. Das erhellt schon das Vorgehen des Richters. Bereits von dem Augenblick an, indem ihm der zu entscheidende Fall, zumeist unvollständig, vorgetragen wird, bezieht der Richter in seine Überlegungen, wie er den Prozeß entscheidungsreif machen kann, alle möglicherweise bedeutsamen Rechtssätze ein. Bis zur endgültigen Entscheidung wandert, wie Engisch es formuliert hat,[3] der Blick des Richters zwischen Sachverhalt und Rechtssatz hin und her.[4] Ob in gewissen Fällen die Verknüpfung zwischen beiden derartig eng ist, daß sie logisch nicht mehr getrennt werden können, ist äußerst umstritten.[5]

---

1) Mezger (Sachverständige) S. 23
2) Vgl. Henke (Tatfrage) S. 147
3) Engisch (Logische Studien) S. 15
4) Vgl. dazu auch Larenz S. 203; Kriele S. 161, 197-200; Hruschka S. 46 ff; Schöpf S. 4
5) Engisch (Logische Studien) S. 83 spricht in diesem Zusammenhang vom unermeßlichen Umfang einschlägiger Arbeiten. Durch die Untersuchungen Henkes sind allerdings m.E. zahlreiche Zweifelsfragen gelöst worden.
Vgl. dazu die folgenden Ausführungen.

Ob das Trennungsproblem für die Inhaltsbestimmung des Merkmals der freien Überzeugung bedeutsam ist, erscheint zweifelhaft. Nach Auffassung Scheuerles[1] hat die Trennungsproblematik mit der Frage des Beweises und der Überzeugung nichts zu tun. Eine Begründung dafür gibt Scheuerle allerdings nicht. Entgegen der Ansicht Scheuerles ist die Unterscheidbarkeit zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung aus folgendem Grund m.E. von Bedeutung. Tatsachen hat das Gericht nach freier Überzeugung festzustellen. Dabei sind dem Richter nach h.M. vom Grundsatz her keine Schranken gesetzt. Wenn der Richter zu einer höchst unwahrscheinlichen Feststellung gelangt, so ist sie, vorausgesetzt er hält sie für zutreffend, für den Revisionsrichter bindend, und zwar auch dann, wenn sie nach Auffassung des Revisionsrichters nahezu unvertretbar ist. Bei der rechtlichen Würdigung ist der Richter hingegen gebunden. Dies gilt auch, wenn er unbestimmte Rechtsbegriffe, wie beispielsweise das Merkmal der guten Sitten zu beurteilen hat. In diesem Fall muß so entschieden werden, wie jeder andere Richter geurteilt hätte.[2] Hält der Revisionsrichter ein Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig, so wird das Urteil selbst dann aufgehoben, wenn die Berufungsinstanz von der Richtigkeit ihrer Auffassung überzeugt war und ihre Auffassung als durchaus vertretbar erscheint.[3] Wenn es Fälle gibt, in denen

---

1) Scheuerle (Beiträge) AcP 157, S. 36
2) Vgl. Larenz (Festschrift für Nikisch) S. 296
3) Vgl. RGZ 58, 220; 103, 82; RGZ 128, 95; BGH LM § 138 (Cd) Nr. 2; BGH, WM 69, 1257

sich Tatsachenfeststellung und rechtliche Würdigung untrennbar verschlingen, so erhebt sich die Frage, nach welchen Kriterien der Richter dann zu verfahren hat.,Sind bei derartigen Konstellationen die Maßstäbe, die für die Tatsachenfeststellung gelten, anzulegen oder sind die für die Beurteilung von Rechtsfragen maßgeblichen Anforderungen zu stellen.[1)]

I. Schwierigkeiten scheint die Abgrenzung zunächst dann zu machen, wenn sich das Gesetz sogenannter natürlicher, also der Rechtsordnung vorgegebener Begriffe bedient.[2)] Als Beispiel sei der Begriff der Kenntnis im Sinne des § 852 BGB genannt. Wenn der Richter in einem Schadensersatzprozeß feststellt, daß der Kläger Kenntnis vom Schaden und von der Person des Schädigers erlangt hat, so fallen in der praktischen Rechtsanwendung häufig Tatsachenfeststellung und rechtliche Würdigung zusammen. Beide sind jedoch auch in diesen Fällen logisch durchaus trennbar und müssen sogar genau auseinandergehalten werden. Stellt der Richter nämlich fest, daß der Beklagte den Namen des Schädigers nicht kannte, so bedeutet das nicht, daß er keine Kenntnis im Sinne des § 852 BGB hatte. Konnte er durch bloßes Nachfragen den Namen des Schädigers erfahren, war ihm also die Erhebung der Klage bereits zumutbar, so hat er Kenntnis im Sinne des § 852 BGB.[3)] Damit hat der Begriff der Kenntnis im Sinne dieser Vorschrift einen anderen Bedeutungsinhalt als im normalen Sprachgebrauch.
Genauso ist die Rechtslage in der im Zusammenhang mit dem Trennungsproblem häufig besprochenen Entscheidung

---

1) Vgl. dazu auch Kuchinke (Grenzen) S. 211,212,215
2) Vgl. dazu Scheuerle, AcP 157 Bd. (Beiträge) 36-42; Henke (Tatfrage) S. 21
3) Vgl. BGH, NJW 55, 706; BGH, NJW 73, S. 1496

des Oberlandesgerichts Dresden, in dem es um das Verbot ging, rote Farben zu zeigen.[1] Auch hier kann der Rechtsbegriff "rot" eine andere Bedeutung haben als ihm nach dem normalen Sprachgebrauch zukommt. Er kann enger oder auch weiter als der natürliche Begriff sein. So ist denkbar, daß nach dem Zweck der dem Verbot zugrunde liegenden Verordnung[2] solche Farben nicht gezeigt werden dürfen, die das klassische Rot der Revolution aufweisen, hingegen tizian oder blaurote Farben von dem Verbot nicht erfaßt werden. Somit hat sich in den Fällen, in denen ein natürlicher Begriff durch die Aufnahme in eine Rechtsnorm eine andere Bedeutung erhalten hat, die Trennungsfrage als Scheinproblem erwiesen.[3]

II. Diffiziler wird das Problem, wenn der den Sachverhalt beschreibende natürliche und der zur Beurteilung des Sachverhalts relevante Rechtsbegriff inhaltlich übereinstimmen.[4] Zum Beweis, daß in diesen Fällen eine logische Unterscheidung zwischen Sachverhaltsfeststellung und rechtlicher Würdigung nicht möglich sei, führt Kuchinke folgendes Beispiel an.[5] In einer

---

1) Annalen des Königlich Sächsischen OLG, Bd. 11 (1890) S. 413, 415, zitiert nach Henke (Tatfrage) S. 156 vgl. dazu Henke a.a.O., S. 156 ff., Scheuerle AcP 157, S. 43 (Beiträge)

2) Verordnung des Sächsischen Ministeriums des Inneren vom 14. Juli 1848, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1849, S. 138, zitiert nach Henke a.a.O., S. 150, Anm. 89

3) Vgl. Scheuerle a.a.O., S. 36-42, Henke a.a.O., S. 21 a.A. Engisch (Logische Studien) S. 103

4) Vgl. Manigk, S. 137; Scheuerle a.a.O., S. 39; Henke a.a.O., S. 50

5) Kuchinke (Grenzen) S. 76
In dem Fall nimmt Engisch (Logische Studien) S. 97,99, 101, ebenfalls an, daß zwischen Tatfrage und Rechtsfrage nicht unterschieden werden könne.

Bestimmung ist übermäßig schnelles Fahren untersagt. Durch Interpretation des Merkmals "übermäßig schnelles Fahren"ist der Richter zu dem Ergebnis gekommen, eine Geschwindigkeit von 60 km/h sei übermäßig im Sinne dieser Vorschrift. Der Richter stellt dann fest, daß ein Kraftfahrer mit einer Geschwindigkeit von 60 km/h das Fahrzeug geführt hat. Nach Auffassung Kuchinkes liegt in dieser Aussage sowohl die Feststellung der Tatsachen als auch zugleich die Subsumtion.[1] Zwischen beiden kann nach seiner Ansicht nach logisch nicht mehr getrennt werden. Die Auffassung Kuchinkes ist unrichtig. Sie krankt zunächst daran, daß zum Beweis der Untrennbarkeit ein in der Praxis kaum vorkommendes Beispiel gewählt wird.[2] Vorschriften, die nur ein entscheidungserhebliches Merkmal aufweisen, sind nämlich äußerst selten. Davon abgesehen ist die Argumentation selbst auch nicht zutreffend. In der Praxis fallen zwar bei dieser Fallgestaltung häufig Sachverhaltsfeststellung und rechtliche Würdigung zusammen. Der Vorgang kann aber logisch aufgegliedert werden. Der Richter muß, wobei er auf alles einzugehen hat, was nicht völlig irrelevant ist, zunächst feststellen, daß ein Kraftfahrzeugführer zu einer ganz bestimmten Zeit an einem ganz bestimmten Ort mit einer Geschwindigkeit von 60 km/h gefahren ist. Alsdann muß er vergleichen, ob eine Geschwindigkeit von 60 km/h dem Begriff der übermäßigen Geschwindigkeit entspricht. Erst dann kann er den rechtlichen Schluß ziehen, daß die Geschwindigkeit übermäßig hoch gewesen ist. Der Punkt, an dem die Sachverhaltsfeststellung aufhört,

---

1) Kuchinke (Grenzen) S. 77-80
2) Henke (Tatfrage) S. 51

kann eindeutig fixiert werden.[1] Im übrigen ist die Argumentation Kuchinkes widersprüchlich.[2] Auch nach seiner Auffassung gehören die Angabe von Ort und Zeit einer Begebenheit zur Sachverhaltsfeststellung, nicht zur Subsumtion.[3] Hingegen soll der Vorgang selbst sowohl Feststellung des Sachverhalts als auch Subsumtion bedeuten. Zwischen beiden kann aber nicht getrennt werden.

III. Ob auch bei sogenannten Blankettnormen Tatsachenfeststellung und rechtliche Würdigung logisch auseinandergehalten werden können, gehört zu den umstrittensten Fragen innerhalb des Problemkreises Tat- Rechtsfrage.[4] Besonders anhand des Merkmals der guten Sitten ist versucht worden, die logische Untrennbarkeit darzutun.[5] Zur Begründung ist im wesentlichen folgendes Argument angeführt worden. Vornehmlich wird darauf hingewiesen, daß das Gesetz mit der Verwendung des Merkmals der guten Sitten auf eine außerrechtliche Wirklichkeit, nämlich auf die Moral, verweise. Daraus wird der Schluß gezogen, daß der Richter, wenn er zu entscheiden hat, ob etwas gegen die guten Sitten verstoße, nicht das Recht anwende, sondern lediglich ein moralisches Urteil nach freier Überzeugung fälle.[6] Sicher ist es richtig, daß das Gesetz, wenn es von guten Sitten spricht, besonders stark auf die soziale Wirklichkeit, im Falle der guten Sitten also auf die ethischen Vorstellungen ausgerichtet ist.[7] Diese sind aber nicht

---

1) Henke (Tatfrage) S. 51; auch Engisch (Logische Studien) S. 99, geht hier von der Trennbarkeit aus.
2) Darauf weist Henke, a.a.O., S. 51, Anm. 200, zutreffend hin.
3) Kuchinke (Grenzen) S. 107, 119, 126, 127
4) Vgl. Engisch, a.a.O., S. 88 m.w.N.; Henke, a.a.O., S. 160-172, Salinger, JW 1917, S. 4, 9
5) Vgl. in der Rechtsprechung die grundlegenden Entscheidungen RGZ 58, S. 216 = JW 1904, S. 405; RGZ 59, S. 220
6) Vgl. Salinger a.a.O.
7) Henke, a.a.O., S. 89, 149, 161; Schuler, NJW 61, S. 4, 6

so präzise vorformuliert, daß aus ihnen ohne weiteres im Einzelfall entnommen werden kann, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Nur in diesem Falle wäre aber die richterliche Beurteilung der Frage der guten Sitten dem Gebiet der Tatsachenfeststellung zuzuweisen. Außerdem darf sich der Richter nicht mit der Feststellung begnügen, in der Gesellschaft bestünden bestimmte sozialethische Vorstellungen. Er muß darüberhinausgehend prüfen, ob sich bei der in der Gesellschaft vorherrschenden Maxime um gute Sitten handelt. Damit gehört sie unbestreitbar zur Rechtsfrage und kann ohne weiteres von der Sachverhaltsfeststellung getrennt werden.[1] Voraussetzung dafür ist allerdings ein methodisch richtiges Vorgehen des Richters. Der Richter, der beispielsweise einen Vertrag oder ein Geliebtentestament auf die Vereinbarkeit mit den guten Sitten untersucht, wird häufig geneigt sein, sein ureigenes Verhältnis zur Sittlichkeit zugrunde zu legen oder zumindest nur das als sittlich anzusehen, was in seinen eigenen Kreisen ethischen Vorstellungen entspricht.[2] Damit besteht die Gefahr, daß er schon die Sachverhaltsfeststellung auf die nach seiner Auffassung von guter Sitte erheblichen Fakten beschränkt. In diesem Fall können Tat- und Rechtsfrage unlösbar vermengt werden.[3] Geht der Richter hingegen von einem zutreffenden Verständnis des Merkmals der guten Sitten aus und lehnt er es deshalb ab, über die moralischen Vorstellungen beliebiger Dritter Beweis zu erheben, dann engt er die

---

1) Vgl. Scheuerle (Rechtsanwendung) S. 83 m.w.N.
2) Vgl. Engisch (Logische Studien) S. 112
3) Ähnlich Henke (Tatfrage) S. 165; Scheuerle AcP 157 Bd. (Beiträge) S. 69

Sachverhaltsfeststellung zulässigerweise im Hinblick auf die erfolgte Schlüssigkeitsprüfung ein. Zu einer unlösbaren Verknüpfung von Tat und Rechtsfrage kommt es dann nicht.

Ebenso wie beim Merkmal der guten Sitten verweist das Gesetz auch bei der Fahrlässigkeit auf außerrechtliche Wertungen. Maßgeblich ist danach, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet worden ist. Zur Feststellung, ob eine Sorgfaltspflicht verletzt worden ist, darf der Richter sich erforderlichenfalls eines Sachverständigen bedienen. Der Sachverständige darf sich nur darauf beschränken darzulegen, durch welche Maßnahmen die Pflichtverletzung hätte vermieden werden können. Über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt entscheidet allein der Richter. Haben, wie in der letzten Entscheidung auf diesem Gebiet,[1] die Sachverständigen darüberhinaus die Frage beurteilt, ob die eingetretenen Schäden hätten vorausgesehen werden können, so greifen sie in unzulässiger Weise in das dem Richter vorbehaltene Gebiet der Würdigung ein. Der Richter muß, auch wenn die Sachverständigen die Frage, ob die Gefahren durch einen Fachmann hätten erkannt werden können, gegensätzlich entschieden haben, selbst beurteilen, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt worden ist. Er darf die Entscheidung etwa mit der Begründung, er habe die zur Tatsachenfeststellung erforderliche Überzeugung im Hinblick auf die unterschiedlichen Stellungnahmen der Sachverständigen nicht gewinnen können, nicht den Beweislastregeln überlassen.[2]

---

1) BGH, NJW 73, 2207 = BB 74, 64

2) Das OLG hatte genau diesen Weg bestritten. Es war wohl durch die in der Rechtsprechung häufig verwandte, allerdings irreführende Formel, daß nämlich die Frage, ob eine grobe Fahrlässigkeit vorliege, zum Bereich der nicht revisiblen Tatsachenfeststellung gehöre, beeinfluß worden.
Vgl. dazu auch Henke (Tatfrage) S. 12-14, 181-184, 279 ff und ders. in ZZP 81, 196, 321, Scheuerle, AcP 157, S. 1

IV. Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß zwischen Tat und Rechtsfrage getrennt werden kann.[1] Ob das auch für die Feststellung einer Gesamtsituation[2] gilt, ist selbst unter den Anhängern der logischen Trennbarkeit umstritten.[3] Auch hier wird die Problematik am besten anhand eines Beispiels verdeutlicht. Eine Gesamtsituation hat der Richter dann zu beurteilen, wenn er vor die Frage gestellt wird, ob ein Auftreten vor Gericht ungebührlich,[4] ob das Bellen eines Hundes ruhestörend,[5] ob das Überfahren einer Kreuzung verkehrsgefährdend,[6] ob ein Bild ein Kunstwerk,[7] ob bei einem Markenzeichen eine Verwechslungsgefahr[8] besteht. In diesen Fällen sieht sich der Richter vor die Aufgabe gestellt, einen äußerst komplexen Vorgang mit natürlichen Begriffen zu beschreiben. Das ist häufig deshalb so schwierig, weil sein

---

1) Vgl. dazu auch Engisch (Logische Studien) S. 83 m. ausführl. Literaturnachweisen.
2) Zum folgenden ausführlich Henke (Tatfrage) S. 183, 187.
3) Die Frage wird vonScheuerle (Beiträge) S.47. 50, 58, 60, 65 bejaht, sie wird von Henke a.a.O. S. 177 ff. und Engisch a.a.O. S. 102, 103 verneint.
4) Dazu Scheuerle a.a.O., S. 75; Henke a.a.O. S. 183.
5) Dazu Scheuerle a.a.O. S. 50, 58; Engisch a.a.O. S.87, 103.
6) Vgl. dazu Scheuerle a.a.O. S. 58; Henke a.a.O. S. 178; Engisch a.a.O. S. 103, nach deren Auffassung die Polizei direkt die Verkehrswidrigkeit "sieht".
7) Vgl. dazu Scheuerle a.a.O., S. 83; Henke a.a.O. S. 184 186.
8) Vgl. dazu ausführlich Fuchs, JW 1917, S. 633 (634); in der Besprechung einer Entscheidung des Reichsgerichts (RG JW 1915, 579/580), in der das Reichsgericht die Verwechslungsfähigkeit zwischen Iks und Nixofix bejaht hatte, kommt Fuchs zu dem Ergebnis, "daß nicht der feinste Rechtstechniker hier die Beurteilung des konkreten Falles von der rechtlichen unterscheiden könne. Wenn die konkreten Umstände grob falsch gewogen würden, so seien sie zugleich deshalb falsch subsumiert

natürlicher Sprachschatz nicht groß und differenziert genug ist, um die für die Beurteilung der Rechtsfrage relevanten Fakten in adäquater Form sprachlich zum Ausdruck zu bringen.[1] In dieser Lage wird der Richter schon bei der Sachverhaltsfeststellung auf Rechtsbegriffe zurückgreifen, da diese Rechtsbegriffe infolge der Präzisierung, die sie durch Rechtsprechung und Literatur erfahren haben, oftmals eine hinreichend genaue Beschreibung eines ganzen Vorgangs gestatten. Rechtsbegriffe erweisen sich somit in diesen Fällen den natürlichen Begriffen als überlegen. Zur logischen Untrennbarkeit käme es in diesen Fällen nur dann, wenn die Gesamtsituation nur mit rechtlichen Begriffen erkannt und hinreichend präzise beschrieben werden kann.

Ob das der Fall ist, wird unterschiedlich beurteilt. Einigkeit besteht insofern, als auch von den Anhängern der Untrennbarkeitstheorie verlangt wird, daß der Richter sich um eine möglichst genaue Beschreibung des Vorgangs bemühen muß.[2] Der Richter muß, wenn er über das ungebührliche Auftreten eines Zeugen zu befinden hat, möglichst exakt beschreiben, wie der Zeuge gekleidet war und wie er sich benommen hat. Er darf sich nicht lediglich darauf beschränken festzustellen, die Kleidung des Zeugen sei ungebührlich, der Kraftfahrzeugführer sei verkehrswidrig gefahren. Selbst bei der Beurteilung der Frage, ob ein Bild ein Kunstwerk im Sinne des § 1 Kunstschutzgesetzes ist, kommt der Richter nicht umhin, sich um eine möglichst detailierte Beschreibung des Bildes zu bemühen. Er darf sich nicht, wie es einmal das Oberlandesgericht München bei der Beurteilung der Unzüchtigkeit eines Bildes getan hat, damit zufrieden geben, das

---

1) Vgl. Engisch (Logische Studien) S. 103
2) Vgl. Henke (Tatfrage) S. 177-187

Bild dem Urteil beizufügen und schlankweg festzustellen, es sei unzüchtig.[1] Allerdings wird sich der Richter bei der Tatsachenfeststellung, weil dies in anderer Weise gar nicht möglich ist, bereits tatsachenbewertender Begriffe bedienen. Diese werden dabei nicht zu Rechtsbegriffen. Sie bleiben vielmehr natürliche Begriffe. Allerdings wird der Richter in Zweifelsfällen[2] an eine Sprachbarriere kommen. Er wird feststellen, daß er nicht in der Lage ist, den wesentlich durch Imponderabilien bestimmten Gesamteindruck in sprachlich adäquater Form wiederzugeben. Folglich wird er von einem bestimmten Punkt an auf die weitere Aufgliederung des Sachverhalts verzichten.[3] und bereits bei der Tatsachenfeststellung Zuflucht zu einem Rechtsbegriff nehmen, der schlagwortartig den Gesamteindruck zusammenfaßt. In diesem Fall kommt es zu einer, und zwar allein durch die Unzulänglichkeit des natürlichen Sprachschatzes verursachten Verschlingung von Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung.[4]

---

1) Vgl. Scheuerle, AcP 157, S. 83
2) Vgl. Henke (Tatfrage) S. 183, 186 (Auftreten im Bikini ist immer ungebührlich.)
3) Vgl. auch BGHZ 5, 4
4) Vgl. Henke, a.a.O., S. 184
Was Scheuerle, AcP 157, (Beiträge) S. 50, 65, 76, gegen die Untrennbarkeitsthese vorbringt, geht am Problem vorbei. Scheuerle meint, auch in diesen Fällen könne zwischen Tat- und Rechtsfrage unterschieden werden. Nach seiner Auffassung sind die Fälle der Gesamtsituation deswegen so schwierig, weil es für Rechtsbegriffe, wie etwa Ungebühr und verkehrswidrigen Fahren, keine brauchbaren Definitionen, zumindest keine in konzentrierter Form gibt.(Vgl.Scheuerle S. 49/50). Ihre Interpretation erfolge am sinnvollsten in exemplikativer Weise (vgl. Scheuerle, S. 50,65,76); d.h., der Richter müsse sich fragen, in welchen Fällen bislang ein Auftreten als ungebührlich, ein Fahren als verkehrswidrig angesehen worden ist. Im Wege eines Vergleichs könne er dann zur Subsumtion schreiten. Das setzt aber, was Scheuerle übersieht, einen subsumtionsfähigen, mit natürlichen Begriffen erfaßten Sachverhalt voraus. Gerade daran fehlt es aber, da, wie bereits angeführt, die Sachverhaltsfeststellung nur unter Hinzuziehung von Rechtsbegriffen möglich ist.

§ 3 FREIE ÜBERZEUGUNG UND NICHT BEWEISBEDÜRFTIGE TATSACHEN

I. Zur Beweiswürdigung kommt es nur bei beweisbedürftigen Tatsachen. Gemäß §§ 291 ZPO und 244 Abs. III StPO sind offenkundige Tatsachen nicht beweisbedürftig. Unter Tatsachen sind nur konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände der Außenwelt und des menschlichen Seelenlebens zu verstehen.[1] Erfahrungssätze fallen grundsätzlich nicht darunter.[2] Offenkundig sind einmal die allgemein bekannten Tatsachen. Dazu zählen solche Umstände, von denen verständige Menschen regelmäßig Kenntnis haben oder von denen sie sich durch Benutzung allgemein zugänglicher zuverlässiger Quellen unschwer überzeugen können.[3] Zum anderen fallen darunter die sog. gerichtskundigen Tatsachen, also solche Tatsachen, die dem Gericht in seiner Eigenschaft als Anstalt

---

1) Zum Begriff der Tatsache ausführlich Mannheim, S. 41 ff. (Revision)
Mannheim versucht anhand des Unterschieds zwischen Tatsachenfeststellung und Tatsachenbewertung die Tatfrage von der Rechtsfrage abzugrenzen. Dieser Versuch ist gescheitert (vgl. Henke (Tatfrage) S. 142 - 145). Mannheim kommt zu dem nicht weiterführenden Schluß, daß darüber, ob etwas als Tatsachenfeststellung zu gelten habe, der Zweck der jeweils in Frage kommenden Gesetzesvorschrift entscheidet (vgl. Mannheim, S. 57). Vgl. zur Definition der Tatsache auch RG Strafsachen 22, S. 159.
Rosenberg-Schwab, § 116 I 1
Pohle, Revision und neues Strafrecht, S. 3

2) Allerdings gibt es offenkundige Erfahrungssätze, die nicht bewiesen zu werden brauchen. Vgl. unten S.107-108

3) BverfGE 10, 177 (183);
Rosenberg-Schwab, § 117, 3 m.w.N.
Kleinknecht, § 244, 2 A a

bekannt geworden sind.[1] Im Zivilprozeß bedarf ferner eine zugestandene Tatsache keines Beweises, § 288 Abs. I ZPO. Zur Beweiswürdigung kommt es nicht, da das Geständnis den Beweis erspart.[2] Diese Wirkung kann das Geständnis allerdings nur dann haben, wenn die Partei über die zugestandene Tatsache dispositionsbefugt ist. Fehlt ihr wie in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungsprozessen (§§ 617, 640, 643, 670, 679, 684, 686 ZPO) diese Befugnis, so liegt in dem Geständnis nicht die Erklärung des Einverständnisses mit der ungeprüften Verwendung der zugestandenen Tatsache. Vielmehr muß der Wahrheitsgehalt eines solchen Geständnisses nach freier Überzeugung gewürdigt werden. Im Strafprozeß unterliegt das Geständnis in jedem Fall der freien Beweiswürdigung.[3] Hier kommt ihm nur die Bedeutung eines Indizes zu.

II. Zur Beweiswürdigung kommt es ebenfalls nicht, wenn das Gesetz unwiderlegliche Vermutungen aufstellt. Das gilt sowohl für die unwiderleglichen Tatsachen- wie für die unwiderleglichen Rechtsvermutungen.

---

1) Rosenberg-Schwab, § 117, 3 b m.w.N. in Anm. 5
Wann innerhalb eines Richterkollegiums Offenkundigkeit vorliegt, wird im Zivil- und im Strafprozeß augenfälligerweise unterschiedlich beantwortet. Nach h. M. im Zivilprozeß reicht zur Bejahung der Offenkundigkeit einfache Mehrheit (vgl. Stein (Privates Wissen) S. 154, 161; Baumbach, § 291, 2 B; Rosenberg-Schwab, § 117 I 3 c.
Nach h. M. im Strafprozeß ist hingegen eine einstimmige Abstimmung erforderlich (vgl. dazu Alsberg-Nüse, S. 129, Anm. 79 mit ausführlichen Nachweisen).

2) Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 vor 288

3) Vgl. dazu BGHSt 21.285, Peters (Der Strafprozeß in der Fortentwicklung) S. 31

Gesetzliche Vermutungen von Tatsachen sind solche Rechtssätze, die das Vorliegen einer als Tatbestandsmerkmal einer Rechtswirkung erforderten Tatsache aus einen tatbestandsfremden Umstand erschließen.[1] Die Vermutungsbasis muß ein außerhalb der fraglichen Rechtswirkung liegender Umstand sein. Ordnet eine Norm die Rechtsfolge R an, wenn V erfüllt ist, so würde eine unwiderlegliche gesetzliche Tatsachenvermutung lauten: Wenn X erfüllt ist, wird V unwiderleglich vermutet.[2] Liegt X vor, so bedarf es des Beweises von V nicht. Demgemäß ist für den Beweis, daß V nicht gegeben ist, kein Raum. Daraus folgt, daß unwiderlegliche gesetzliche Vermutungen nicht die Beweislast regeln. Vielmehr müssen sie als Ergänzung des materiellen Tatbestandes angesehen werden, wobei das Gesetz allerdings einen Umweg geht. In unserem Beispiel besteht letzlich der einfache Rechtssatz: Wenn X erfüllt ist, tritt die Rechtsfolge R ein. Zur Tatsachenfeststellung kommt der Richter in diesen Fällen nicht.[3]

---

1) Rosenberg (Beweislast) S. 203
2) Vgl. dazu Leipold, § 7, insb. S. 102
3) Die Bedeutung der unwiderleglichen Tatsachenvermutung ist gering. Das BGB kennt keine unwiderleglichen Tatsachenvermutungen. Ob es sich bei § 39 ZPO und § 168 ZPO um unwiderlegliche Vermutungen oder Fiktionen handelt, ist umstritten; vgl. dazu Rosenberg-Schwab, § 37 II 1; Thomas-Putzo, § 39 2; BGH MDR 69, 479. Der Unterschied zwischen einer Fiktion und einer unwiderleglichen Vermutung besteht darin, daß durch die Fiktion eine Sachlage regelt wird, bei der die fingierte Tatsache nicht vorliegt, während bei der unwiderleglichen Vermutung sowohl Fälle des Vorliegens wie des Nichtvorliegens der vermuteten Tatsache erfaßt werden; vgl. dazu Leipold, S. 103.

Ebenso wenig gelangt der Richter bei den unwiderleglichen Rechtsvermutungen zur Beweiswürdigung. Die unwiderleglichen Rechtsvermutungen stehen den Fiktionen nahe und gehören ebenfalls dem materiellen Recht an.[1)]

Anders ist es bei den widerleglichen Tatsachenvermutungen. Als Beispiel sei § 1253 Abs. II BGB genannt. Nach dieser Vorschrift erlischt das Pfandrecht, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder Eigentümer zurückgibt. Streiten sich die Parteien über die Rückgabe und kann im Prozeß nicht geklärt werden, ob der Pfandgläubiger dem Eigentümer die Pfandsache zurückgegeben hat, ist dieser aber im Besitz der Sache, wird gemäß § 1253 Abs. II BGB vermutet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden ist. Der Richter wird die Klage auf Herausgabe der Pfandsache abweisen. Zu diesem Ergebnis kann er auf zwei Wegen kommen.[2)] Entweder sieht er gemäß § 1253 Abs. II BGB aufgrund des Besitzes des Verpfänders oder Eigentümers die Rückgabe als festgestellt an oder er beläßt es bei der Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes und entscheidet aufgrund des § 1253 Abs. II BGB, als ob das Pfand zurückgegeben worden wäre. Im letzteren Fall handelt es sich bei § 1253 Abs. II BGB um eine Beweislastregel, im ersteren um eine Beweisregel. Beide beziehen sich auf verschiedene Stadien des Verfahrens. Die Beweisregel gehört zur Tatsachenfeststellung. Sie bestimmt den Beweiswert der einzelnen Beweismittel

---

1) Vgl. Leipold, S. 102
2) Vgl. Leipold, S. 81

und führt ohne Rücksicht auf die richterliche Überzeugung zur Feststellung der prozessualen Wahrheit.[1] Hingegen greifen die Beweislastregeln erst dann ein, wenn die Beweiswürdigung zu keinem Ergebnis geführt hat.[2] Zählen die unwiderleglichen gesetzlichen Vermutungen zu den Beweislastregeln, so ist das Verhältnis zur richterlichen Überzeugung unproblematisch, da ihr Anwendungsbereich sich nicht überschneidet. Anderes gilt, falls es sich um Beweisregeln handelt. Dann kann nämlich ein Spannungsverhältnis zu § 286 Abs. II ZPO entstehen. Nach dieser Vorschrift ist das Gericht an gesetzliche Beweisregeln nur in den durch die Zivilprozeßordnung bezeichneten Fälle gebunden. Dazu zählen die widerleglichen Tatsachenvermutungen des BGB natürlich nicht. Gegen die Qualifizierung der gesetzlichen Tatsachenvermutungen als Beweisregel spricht bereits der Begriff der Vermutung. Wenn das Gesetz sagt, eine Tatsache werde lediglich vermutet, so kann diese schwerlich als bewiesen angesehen werden. Auch könnte dem Richter nur dann angesonnen werden, eine vermutete Tatsache als prozessual festgestellt zu betrachten, wenn Vermutungen auf Wahrscheinlichkeitserfahrungen beruhten.[3] Solche Vermutungen gibt es zwar. So ergibt sich aus der Tatsache, daß der Verpfänder oder Eigentümer wieder im Besitz der Pfandsache ist, eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Pfandgläubiger die Sache zurückgegeben hat.[4] Viele Vermutungen beruhen aber in keiner Weise auf Wahrschein-

---

1) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 111 IV 3 a
2) Grundlegend zur Abgrenzung von Beweislast und Beweiswürdigungsregeln Rosenberg (Beweislast) S.62-64.
3) Vgl. Leipold,S. 85
4) Nach Leipold,S. 86, läßt sich aus der Erfahrung dieser Schluß nicht ziehen.

lichkeitsschlüssen. Als Beispiel sei die sog. Komorientenvermutung des § 11 Verschollenheitsgesetz genannt. Das gleichzeitige Versterben ist die denkbar unwahrscheinlichste Möglichkeit.[1] Gesetzliche Tatsachenvermutungen müssen demnach als Beweisregeln angesehen werden.[2] Das muß erst recht für die widerleglichen Rechtsvermutungen gelten. Diese können schon deswegen nicht als Beweisregeln angesehen werden, weil Rechte nicht unmittelbar Gegenstand des Beweises sein können, §§ 282 ZPO, 244 StPO.[3] Zudem ist bei Rechtsvermutungen nach einhelliger Auffassung die Behauptung der die Rechtsfolge begründenden Tatsache nicht erforderlich.[4] Nicht einmal das Bestehen des Rechts muß behauptet werden.[5] Der im Grundbuch eingetragene Kläger erhält gemäß §§ 891, 1147 BGB bei Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung schon dann ein Versäumnisurteil, wenn er lediglich behauptet, als Hypothekar im Grundbuch eingetragen zu sein. Er braucht weder Angaben zum Erwerbsgrund zu machen, noch zu behaupten, daß er Inhaber der Hypothek sei.

---

1) Zu den Anforderungen zur Widerlegung dieser Vermutung vgl. BGH NJW 74, 699/700.
2) Vgl. Rosenberg (Beweislast) S. 218; ders. ZZP 37, 321; Leipold, S. 88; Lepa, DRiZ 1966, S. 112
3) Rosenberg (Beweislast) S. 232; Leipold, S. 94
4) Hedemann, S. 287; Rosenberg (Beweislast) S. 229; Leipold, S. 96 m.w.N. in Anm. 86
5) Leonhard (Beweislast) S. 236; Leipold, S. 98

Handelte es sich bei den Rechtsvermutungen um Beweisregeln, so müßte aber das Bestehen des Rechts behauptet werden, da die Beweisregel an der Behauptungslast nichts ändert. Gesetzliche Tatsachen und Rechtsvermutungen gehören nicht zur Tatsachenfeststellung, können also auch nicht mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung kollidieren.[1)]

---

1) Auf die äußerst schwierige Frage, wie die tatsächlichen Vermutungen einzuordnen sind, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.
Vgl. dazu Dänzer, S.1 ff; vgl. ferner Kollhosser, Diss. S. 17 Anm. 12 m.w.N. vgl. auch BGH NJW 1970, S.896 (897)
In dieser Entscheidung wurde die Ansicht aufgegeben, es bestehe, wenn der klagende Ehegatte die häusliche Gemeinschaft aufgegeben habe, eine tatsächliche Vermutung, daß durch die Aufhebung die Ehe zerrüttet worden sei. Zur Begründung führt der BGH an, die Ehe könne schon vorher zerrüttet gewesen sein.
Für den Verwaltungsprozeß, vgl. Tietgen, S.56-63

2. Kapitel

Gegensätzliche Modelle bei der Tatsachenfeststellung

Zu den wichtigsten Abschnitten des Prozesses gehört die Feststellung eines der rechtlichen Beurteilung zugänglichen Sachverhalts. Das Gesetz kann zu dieser Frage diametral entgegengesetzte Positionen einnehmen. Es kann im Interesse der Rechtssicherheit durch die Aufstellung von Beweisregeln, in denen der Beweiswert der einzelnen Beweismittel abstrakt festgelegt wird, die Tatfrage weitgehend selbst zu lösen versuchen. Möglich ist aber auch, daß es dem Richter selbst überlassen wird zu entscheiden, wann eine Tatsache als wahr der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist. Beide Arten der Tatsachenfeststellung sind, und zwar in ihrer ausgeprägten Form, zu finden.

§ 4 DAS RÖMISCHE RECHT

Im römischen Recht der vorklassischen und klassischen Zeit entschied der Richter unabhängig von Beweisregeln die Frage, welche Tatsache als wahr anzusehen sei.[1] Er konnte allein auf die fama des Beklagten hin die Beweise des Klägers als unzureichend ansehen.[2] Später bildeten sich allmählich zahlreiche Erfahrungssätze über die Handhabung der Beweise heraus.[3] Auch finden sich immer häufiger Zulassungsnormen für einzelne Beweismittel. So wird beispielsweise ein einzelner

---

1) Zum Teil wird sogar die Auffassung vertreten, der Richter sei noch freier gestellt gewesen als heute, da es keine Beweislastregeln gegeben habe. Vgl. dazu Kaser, SZ 71 (1954) S. 221-242, bes. S. 223 ff.; Hedemann, S. 12 ff; Leonhard, S. 8 ff; Dänzer S. 78 ff; einschränkend Simon, S. 136-144.

2) Simon, S. 140

3) Kaser, § 53 II; Blomeyer (LB) § 18 I; Steinwenter, SZ 65 (1947) S. 69-120 (S.88)

Zeuge nicht gegen konfirmierte Geschäftsurkunden zugelassen.[1] Dennoch kam es selbst im justinianischen Prozeß nicht zur Entwicklung einer legalen Beweistheorie.[2] Kennzeichnend für diese ist, daß sie jedem Beweismittel einen die richterliche Überzeugung bestimmenden Beweiswert zumißt. Typisch für den justinianischen Prozeß war hingegen, daß der Kreis der möglichen Beweismittel gegenüber dem klassischen Prozeß enger gezogen war. Bei nicht zugelassenen Beweismitteln lehnte der Richter es überhaupt ab, sich eine Überzeugung zu bilden.[3] Dagegen war es, falls zulässige Beweismittel vorgebracht wurden, ausschließlich seine eigene Angelegenheit, wann er die Beweismittel zur Erbringung des Beweises als ausreichend ansah.[4] Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist demnach auch im justinianischen Prozeß erhalten geblieben.[5]

---

1) Simon, S. 351; vgl. auch Endemann (Beweislehre) S. 233.
2) Endemann a.a.O. S. 233; Simon S. 138 ff., S. 349; vgl. auch Anm. 3) auf S.
3) Simon, S. 349
4) ders., a.a.O.
5) ders., S. 377; Endemann (Beweislehre) S. 18; für den Strafprozeß Glaser (Handbuch) S. 59-68, bes. S. 68

§ 5 DIE POSITIVE BEWEISTHEORIE DES GEMEINEN RECHTS

Ein ganz anderes Bild bietet das gemeine Prozeßrecht. Diesem erschien der Gedanke, eine so wichtige Sache wie die Tatsachenfeststellung dem Richter zu überlassen, als eine Ungeheuerlichkeit.[1] Deswegen versuchte es, die Tatfrage durch die Aufstellung einer Vielfalt von Beweisregeln, in denen der Beweiswert der einzelnen Beweismittel quotenmäßig festgelegt wurde, selbst zu lösen.[2] Am bekanntesten ist die Regel, daß zwei Zeugen Vollbeweis, ein Zeuge Halbbeweis erbringt. Der Beweiswert wurde arithmetisch noch weiter unterteilt. War ein Zeuge verdächtig, so erbrachte seine Aussage nur einen Viertelbeweis. Das ging bis zu Bruchteilen von 1/28 oder 1/30. Für den Richter sank damit die Beweiswürdigung zu einem Rechenexempel herab.[3] Im Wege der Subsumtion unter die Beweisregeln stellte der Richter den Beweiswert der einzelnen Beweismittel fest. War die zur Erlangung des Beweises erforderliche Beweisquote nicht erreicht, so durfte der Richter selbst dann nicht verurteilen, wenn er davon überzeugt war, daß der Angeklagte die Tat begangen hatte. Umgekehrt mußte er von der Richtigkeit der Tatsache ausgehen, wenn das Beweismaß erfüllt war.[4] Daß die so ermittelte formelle Wahrheit mit den tatsächlichen Geschehnissen häufig nicht übereinstimmte, wurde zunächst nicht als Problem erkannt.[5] Auch als

---

1) Vgl. Schwinge (Kampf) S. 48
2) Vgl. dazu Endemann (Beweislehre) S. 93 ff; Hedemann, S. 64 ff, Kollhosser (Diss.) S. 6-13
3) Graf zu Dohna (Strafprozeßrecht) S. 107
4) Zur positiven Beweistheorie vgl. Möser (Patriotische Phantasien) Bd. 1, S. 308 (beide zitiert nach Savigny, S. 482), Glaser (Beiträge) S. 10, 12-13.
5) Patermann, S. 18

Justus Möser auf die Diskrepanz zwischen formeller und "würklicher" Wahrheit aufmerksam gemacht hatte,[1] sah man keinen Anlaß, von der formellen Wahrheit abzurücken.[2]

Aufschlußreich sind die Gründe, die für das Festhalten an der positiven Beweistheorie angeführt wurden. Ausgangspunkt war die philosophisch beeinflußte Überlegung, der Mensch sei zur Erkenntnis der absoluten Wahrheit nicht fähig. Er könne vielmehr nur zu Wahrscheinlichkeitsurteilen kommen.[3] Da je nach Veranlagung und Temperament der eine Richter eher dazu neige, eine Sache als wahrscheinlich anzusehen als der andere, könne diesem nicht die Feststellung zweifelhafter Tatsachen überlassen werden.[4] Denn bei dieser Art der Tatsachenfeststellung zweifelten die von dem Urteil Betroffenen den Ausspruch des Richters an. Das sei mit dem Zweck des Prozesses, der in erster Linie darin bestehe, den Rechtsfrieden wieder herzustellen, unvereinbar. Nur dann, wenn das Gesetz selbst betimme, wann eine Tatsache als wahr anzusehen sei und dadurch die Verantwortung für die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung übernehme, komme dem Spruch des Richters die für die Annahme durch die Betroffenen erforderliche Autorität zu.[5]

---

1) Justus Möser (Patriotische Phantasien) Bd. 4, Berlin 1780, Ausgabe Berlin 1858, Nr. 30. Von dem wichtigen Unterschied des wirklichen und formellen Rechts, S. 98ff
2) Bis gegen 1840 wurde nirgendwo die Forderung erhoben, die freie Beweiswürdigung als Prozeßprinzip einzuführen. Vgl. Patermann, S. 79.
3) Vgl. dazu Patermann, S. 20 m.w.N. in Anm. 51
4) Vgl. Endemann (Beweislehre) S. 4, zur Frage, inwieweit sich die Stellung und Funktion des Richters bei unterschiedlichen Beweissystemen unterscheiden, vgl. Küper, S. 133
5) Möser, S. 98 ff; Endemann (Beweislehre) S. 626; Patermann, S. 19

In engem Zusammenhang damit steht ein weiterer Grund, der für das Festhalten an der positiven Beweistheorie ins Feld geführt wurde. Im Hinblick auf den schlechten Ruf, in dem die Richter standen, erschien es unerläßlich, die Parteien vor Willkür und Bestechlichkeit zu schützen.[1] Bei einer Tatsachenfeststellung, die nach Überzeugung des Richters erfolge, sei aber der unrichtigen Tatsachenfeststellung Tür und Tor geöffnet.[2] Um das zu verhindern, müsse als geringeres Übel in Kauf genommen werden, daß formelle und wirkliche Wahrheit im Einzelfall nicht übereinstimmten. Das sei um so eher erträglich, als das Prinzip der formellen Wahrheit für die Parteien den Vorteil biete, daß sie, Rechtskundigkeit vorausgesetzt, von Anfang an wissen könnten, unter welchen Voraussetzungen Tatsachen als wahr anzusehen seien. Mithin sei, um im Interesse der Rechtssicherheit eine gleichmäßige Beurteilung typischer Sachverhalte sicherzustellen, das Festhalten an der positiven Beweistheorie unerläßlich. Diese Auffassung wurde bis etwa 1840 vertreten.[3]

---

1) Patermann, S. 21
2) Ders. a.a.O.
3) Ders. S. 22

3. Kapitel

Grundsätzliches zum Merkmal der freien Überzeugung

Nach der positiven Beweistheorie des gemeinen Rechts war der Richter bei der Tatsachenfeststellung so gebunden, daß er "von dem dürren Buchstaben des Gesetzes auch nicht um ein Haar abweichen konnte".[1] Durch die Zivilprozeßordnung und Strafprozeßordnung wurden die kodifizierten Beweisregeln, abgesehen von wenigen Ausnahmen, abgeschafft. An ihre Stelle trat die freie Überzeugung des Gerichts. Die Formulierung "nach freier Überzeugung" erweckt den Anschein eines Pleonasmus. Eine unfreie Überzeugung ist zumindest auf den ersten Blick betrachtet schwerlich denkbar. Bei diesem Schluß ist jedoch Zurückhaltung geboten. Das zeigt sich schon an dem Bedeutungswandel, den das Wort Überzeugung in der Rechtssprache durchgemacht hat.

§ 6 DER WORTLAUT

Das Wort Überzeugung hat die nicht ganz alltägliche Wandlung vom Rechtswort zum Begriff des allgemeinen Sprachgebrauchs durchgemacht. Überzeugung ist seit dem 13. Jahrhundert als Rechtsausdruck bezeugt. Es wurde in einem objektiven Sinne gebraucht und hatte die Bedeutung, jemanden durch Zeugen überführen.[2] So heißt es beispielsweise: "Beschuldigt jemand den anderen eines Diebstahls, hat aber dessen keinen Beweis, ihn zu überzeugen"[3] oder bestreitet der Kläger

---

1) Justus Möser, zitiert nach Savigny, GA 6. Bd. (1858), S. 488
2) Vgl. dazu Heinsheimer, S. 133, Anm. 1 u. Grimms (Deutsches Wörterbuch) 11. Bd. II. Abt. Leipzig 1936
3) Handörfer secretarius 1656, 106 a (zitiert nach Heinsheimer a.a.O.)

eine Behauptung des Beklagten "des soll man ihn überzeugen selbdritt (mit zwei Eideshelfern), die es wahr wissen" [1] oder schließlich heißt es vom Angeschuldigten, daß er "falls er überzeugt wird, dem Gericht verfallen ist".[2] Demnach überzeugte sich nicht der Richter, sondern es wurde der Prozeßgegner, der Beschuldigte, überzeugt.

Im Laufe des 18. Jahrhunderts wurde das Wort Gut des allgemeinen Sprachgebrauchs. Gleichzeitig vollzog sich ein Bedeutungswandel. Man verstand nun unter dem Begriff, jemanden durch Zeugen oder andere Beweismittel zur Anerkennung einer Tatsache zu bringen, und zwar in der Weise, daß der Überzeugte nicht nur verstandes-, sondern auch gefühlsgemäß die Tatsache als richtig ansah. Das zeigen Interpretationen wie "wir sind von der Wahrheit einer Tatsache nur dann überzeugt, wenn wir durch inneres Gefühl empfinden, daß kein Zweifel dagegen habe" [3] oder " die wahre Überzeugung entsteht nur aus dem wirklichen Gefühl, daß die Sache nicht anders sein könne, als so, wie wir sie erkennen".[4]

Eine so verstandene Überzeugung vertrug sich schlecht mit der positiven Beweistheorie, weil nach ihr der Richter ohne Rücksicht auf seine Einstellung von der Tatsache auszugehen hatte, falls die Voraussetzungen der Beweisregeln erfüllt waren. Von Überzeugung, so wie der allgemeine Sprachgebrauch diesen Begriff verstand, konnte demnach keine Rede sei.

---

1) Deutschenspiegel 36 (zitiert nach Heinsheimer S. 133)
2) BayLR (1346) Art. 51 (zitiert nach Heinsheimer a.a.O.)
3) Formulierung von Sulzer (zitiert nach Grimms Wörterbuch)
4) Formulierung von Kant (zitiert nach Grimms Wörterbuch)

Diesen Widerspruch versuchten die Anhänger der positiven Beweistheorie dadurch zu lösen, daß sie zwischen der Überzeugung des Urteilenden als Mensch und als Richter unterschieden. Als Mensch dürfe der Richter die Richtigkeit der durch die Beweisregeln vorgeschriebenen Beweisergebnisses anzweifeln. In seiner Eigenschaft als Richter habe er aber überzeugt zu sein.[1] Zur Rechtfertigung der vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Verwendung des Begriffs Überzeugung wurde geltend gemacht, der Richter sei anders als etwa der Historiker bei der Tatsachenermittlung durch Gesetz und Vorschriften beschränkt. Deswegen müsse auch das Merkmal der richterlichen Überzeugung in einem engeren Sinne verstanden werden. Zudem sei eine gefühlsmäßige Überzeugung mit dem Wesen des Richteramtes unvereinbar.

§ 7 DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Bei der Frage, welche Vorstellung der Gesetzgeber mit dem Merkmal "nach freier Überzeugung" verband, sind die Motive zur Zivilprozeßordnung und Strafprozeßordnung wenig aufschlußreich. In den Motiven zur Strafprozeßordnung heißt es lediglich, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedürfe im Hinblick darauf, daß

---

1) Kollmann, S. 124 (zitiert nach Patermann, S. 23)
Wetzell, S. 194

er allen in neuerer Zeit erlassenen deutschen Strafprozeßordnungen zugrunde läge, keiner Rechtfertigung mehr.[1] Welchen genauen Inhalt dieser Grundsatz hat, wird nicht gesagt. Ähnlich verhält es sich mit den Motiven zur Zivilprozeßordnung. Dort findet sich zur Einführung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im wesentlichen nur der Hinweis, daß dem "Richter im Vertrauen auf seine Bildung und Integrität und unabhängige Stellung diese sehr freie Stellung unbedenklich gewährt werden könne."[2] Daraus läßt sich nur entnehmen, daß dem Richter gegenüber der legalen Beweistheorie eine sehr freie Stellung eingeräumt werden sollte, ferner, daß die Gefahren einer unrichtigen Tatsachenfeststellung im Hinblick auf die Unabhängigkeit und gute Ausbildung der Richter als gering angesehen wurden. Der Inhalt des Prinzips der freien Beweiswürdigung selbst wurde nicht näher erläutert. Verständlich wird das, wenn man berücksichtigt, daß die Auseinandersetzung zwischen der legalen Beweistheorie und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Jahre 1877 längst beendet war.[3] Der Kampf um die Einführung der freien Beweiswürdigung war in den Jahren zwischen 1844 und 1864 geführt worden. Insbesondere durch die ausführliche Behandlung auf dem 4. - 6. Deutschen Juristentag schien das Prinzip der freien Beweiswürdigung hinreichend geklärt worden zu sein.

---

1) C. Hahn Materialien zu STPO S. 198
2) C. Hahn Materialien zu ZPO S. 275
3) C. Hahn Materialien zu STPO S. 877, 1350
ders. Materialien zu ZPO S. 595, 967/968.
Die Anträge auf Einführung des neuen Beweisprinzips wurden ohne Debatte angenommen.

I. Ganz im Vordergrund stand dabei die Tatsachenfeststellung im Strafprozeß. Von ihm wurde auch die Auseinandersetzung um die positive Beweistheorie ausgelöst. Nach Art. 22, 62, 66, 67, 69 CCC war eine Verurteilung eines Angeklagten nur aufgrund eines Geständnisses oder aufgrund der Aussagen zweier einwandfreier (klassischer) Zeugen möglich.[1] Indizien reichten zur Verurteilung nicht aus. Sie führten allerdings in gewissen Fällen zwecks Erzielung eines Geständnisses zur Anwendung der Folter. Diese Regelung wurde in der Folgezeit von allen deutschen Partikulargesetzen übernommen.[2]
Durch die Abschaffung der Folter geriet die positive Beweistheorie in erhebliche Schwierigkeiten.[3] Selbst solche Angeklagten, die durch Indizien aufs schwerste belastet waren, mußten freigesprochen werden, falls sie nicht gestanden oder die Tat durch zwei klassische Zeugen bewiesen war. Dieser Zustand war für den Richter wie für das Volk gleichermaßen unbefriedigend.[4] Durch die Aufstellung neuer Beweisregeln konnte keine dauernde Abhilfe geschaffen werden, da sich der Beweiswert der einzelnen Indizien einer schriftlichen Fixierung entzog. Die Indizien konnten für die Wahrheitsfindung nur dann hinreichend berücksichtigt werden, wenn man dem Richter selbst die Entscheidung der Frage überließ, wann eine Tatsache als wahr anzusehen sei.[5] Im Hinblick auf den schlechten Ruf, in dem die Richter standen, konnte diesen die Aufgabe der Tatsachenfeststellung

---

1) Dazu Savigny, GA 6.Bd. (1858) S. 90; Glaser (Beiträge) S. 90, 127; von Hippel S. 209; vgl. Krieter S. 7
2) Krieter, S. 7
3) Durch Kabinettorder Friedrich des Großen v. 3.6.1740 (vgl. Krieter, S.8) wurde die Folter, abgesehen von schwersten Fällen, abgeschafft. Gänzlich beseitigt wurde die Folter in den Jahren 1754-1756,(vgl. von Hippel, S. 272; vgl. Krieter, S. 8)
4) Mittermaier(Mündlichkeit)S.57 ; Krieter S. 8.
5) Vgl. Stein (Privates Wissen) S. 32

nicht uneingeschränkt überlassen werden.[1] Zur Wahrung der Autorität des Richterspruchs hielt man es vielmehr für unerläßlich, den Richter weiter an bestimmte Beweisregeln zu binden. Erst wenn diese erfüllt waren, wurde die persönliche Auffassung des Richters berücksichtigt. Dieser war nun nicht mehr wie nach der positiven Beweistheorie gezwungen, die Tatsache als wahr anzusehen.[2] Hinzu kommen mußte, daß er selbst von der Richtigkeit der Tatsache überzeugt war.[3] Damit wurde zum erstenmal die Überzeugung des Richters für die Tatsachenfeststellung von Bedeutung.

Die Vorstellung, die man mit einer Tatsachenfeststellung nach richterlicher Überzeugung verband, wurde weitgehend von der Art und Weise geprägt, wie die Geschworenen im französischen Schwurgerichtsprozeß über die Tatfrage entschieden. Der Schwurgerichtsprozeß, speziell in seiner französichen,[4] weniger in seiner englischen Version, war im Kampf um die Einführung der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Strafverfahrens in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.[5] Im Zusammenhang

---

1) Vgl. Mittermaier (Mündlichkeit) S. 10,11; Schwinge (Kampf) S. 143
2) Zum Unterschied zwischen positiver und negativer Beweistheorie vgl. Ullmann, S. 322; Glaser (Beiträge) S. 274
3) So die negative Beweistheorie. Nur zwischen ihr und der freien Beweistheorie wurde die Auseinandersetzung ausgetragen. Vgl. Savigny, GA 6. Bd. (1958) S. 483; Glaser a.a.O., S. 111; Schwinge a.a.O. S. 75/76; Krieger, S. 8/9.
4) Daß das französische Vorbild stärker war, lag im wesentlichen daran, daß der französische Schwurgerichtsprozeß in den preußischen Rheinländern auch nach dem Ende der französischen Besatzung in Kraft blieb.
5) Glaser (Beiträge) S. 16 ff.

mit der Frage, ob an die Stelle des schriftlichen geheimen Verfahrens der mündliche Prozeß treten sollte, wurde die Art der Tatsachenfeststellung behandelt. Zwischen beiden wurde insofern eine Wechselwirkung angenommen, als die Mündlichkeit des Verfahrens zwingend das Abgehen von der gesetzlichen Beweistheorie erfordere, während das schriftliche geheime Verfahren im Hinblick auf das Mißtrauen, das das Volk diesem entgegenbrachte, das Festhalten an der gesetzlichen Beweistheorie in ihrer negativen Form unerläßlich machte.[1)]

Als Folge dieser Wechselwirkung befaßte sich die deutsche Strafprozeßwissenschaft intensiv mit der Tatsachenfeststellung, wie sie im französichen Schwurgerichtsprozeß erfolgte.[2)] Nach Art. 342 Code d'instruction criminelle von 1805 war an die Geschworenen lediglich die Frage zu richten: "avez-vous une conviction intime?" Diese Frage hatten die Geschworenen allein nach ihrem in der Verhandlung gewonnenen Totaleindruck[3)] zu entscheiden. Dabei durften sie nicht an die Folgen ihres Ausspruches denken.[4)]
Über den Inhalt der conviction intime bestand weitgehend Unklarheit. Man sprach von innerer, gefühlsmäßig betonter, moralischer Überzeugung.[5)] Trotz der unterschiedlichen Formulierung bestand Einigkeit darüber,

---

1) Vgl. Schwinge, S. 48, 57, 74. (Kampf)
2) Glaser (Beiträge) S. 16 ff.
3) Zum Totaleindruck vgl. Mittermaier (Mündlichkeit) S. 192; Glaser a.a.O. S. 259; Schwinge S. 86, 148
4) Entgegen der Weisung bedachten die Geschworenen in der Praxis häufig die Folgen ihres Schuldspruchs. Es kam nicht selten vor, daß die Geschworenen, durch die Härte der angedrohten Strafen erschreckt, entgegen ihrer Überzeugung nicht zum Schuldspruch kamen. Ein solches Vorgehen wurde von der Lehre von der omnipotence dujury ausdrücklich gebilligt; vgl. Schwinge (Kampf) s. 112
5) Dazu Anm. 1) auf der nächsten Seite

daß es sich bei dem Vorgang, der zur conviction intime führte, um einen sich im innersten des Menschen vollziehenden, gefühlsmäßig betonten Prozeß handelte, der seiner Natur nach jeder rationalen Kontrolle entzogen war.[1] Die Geschworenen brauchten folgerichtig nicht Rechenschaft darüber abzulegen, aus welchen Gründen sie zur Feststellung einer Tatsache gekommen waren. Eine Tatsachenfeststellung nach der "conviction intime" wurde mit der Angabe von Gründen für vereinbar gehalten.[2] Die Vorstellung, die man im französichen Schwurgerichtsprozeß mit der conviction intime verband, hat die spätere Interpretation des Merkmals der freien Überzeugung wesentlich mitbestimmt. In den späteren Versuchen, das Wesen der richterlichen Überzeugung zu erklären, finden sich immer wieder ähnliche Formulierungen, wie z.B., daß es sich bei der Überzeugungsbildung um einen sich in der Seele des Richters abspielenden Vorgang handele, der sich im Grunde jeder Nachprüfung entziehe.[3] Es verwundert nicht, daß die deutschen Strafprozeßwissenschaftler, und zwar auch diejenigen, die für die Abschaffung der legalen Beweistheorie eintraten, davor zurückschraken,[4] über die Tatsachenfeststellung die richterliche Überzeugung im Sinne der französichen conviction intime entscheiden zu lassen. Deswegen wurde zunächst versucht, an der negativen Beweistheorie festzuhalten.[5] Das war jedoch zum Scheitern verurteilt, weil diese Theorie in sich widersprüchlich war. Sie ging nämlich einerseits davon aus, daß es möglich sei,

---

1) Vgl. Mittermaier (Mündlichkeit) S. 27, bes. S. 49-50; Glaser (Handbuch) S. 342; Schwinge (Kampf) S. 84,85.
2) Vgl. die Definition des Geschworenengerichts bei Mittermaier a.a.O.,S.360: Mündliche Verhandlung, ohne über die Gründe seiner Entscheidung Rechenschaft abzulegen.
3) Dazu unten S.
4) Vgl. Mittermaier, a.a.O., S. 367, früher bereits von Feuerbach S. 118 f.
5) Zur negativen Beweistheorie, vgl. Savigny GA 6. Bd. (1858)S. 483 m.w.N; Glaser a.a.O. S. 11; Schwinge a.a.O. S. 75 u. 123.

den Beweiswert der einzelnen Beweismittel abstrakt im voraus zu bestimmen, zweifelte andererseits aber an der Richtigkeit der durch die Beweisregeln ermittelten Tatsachen, indem sie zusätzlich verlangte, daß auch der Richter von der Richtigkeit der Tatsache überzeugt war.[1] Entscheidend kam hinzu, daß endgültig erkannt wurde, daß es unmöglich sei, den Beweiswert der Indizien in ihrem Zusammenspiel durch Regeln zu bestimmen.[2]

In den Jahren 1846 bis 1865 führten sämtliche deutsche Strafprozeßordnungen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung[3] ein. Eine den §§ 286 ZPO, 261 StPO ähnliche Formulierung findet sich erstmals in § 28 des Gesetzes über das gerichtliche und disziplinarische Strafverfahren gegen Beamte vom 29. März 1844.[4] Danach hat die Behörde bei der Entscheidung, ohne an positive Beweisregeln gebunden zu sein, nach ihrer, aus dem ganzen Inbegriff der Verhandlungen und Beweise geschöpften Überzeugung zu urteilen, inwieweit die Beschuldigungen für begründet zu erachten sind.
In dem Gesetz vom 17. Juli 1846 betreffend "das Verfahren in den bei dem Kammergericht und bei dem Kriminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen" wird zum erstenmal eine Begründungspflicht statuiert.[5]

---

1) Vgl. Glaser (Beiträge) S. 11; Krieter, S. 9
2) Vgl. Kries, S. 343
3) Einzelheiten bei Krieter, S. 52, 55, 57, 59, 61. Seit 1865 wurde eine gesetzliche Beweistheorie, sei es auch nur eine negative, allgemein abgelehnt, vgl. von Bar (Recht und Beweis) S. 311
4) Vgl. dazu Krieter, S. 23
5) Dazu ausführlich Savigny, GA Bd. 6 (1858), S. 471 ff. und das Vorwort zur Denkschrift Savigny's a.a.O., S. 469.

§ 19 dieses Gesetzes bestimmt unter anderem: "Der erkennende Richter hat fortan unter genauer Prüfung der Beweise für die Anklage und Verteidigung nach seiner freien aus dem Inbegriff der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Überzeugung zu entscheiden, ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig sei. Er ist aber verpflichtet, die Gründe, welche ihn dabei geleitet haben, in dem Urteil anzugeben."[1)]

In Übereinstimmung mit dem französichen Schwurgerichtsprozeß wurde für die Tatsachenfeststellung nun die richterliche Überzeugung maßgeblich.Diese erhielt aber durch die Begründungspflicht einen von der conviction intime abweichenden Inhalt. Der Richter durfte nicht wie die Geschworenen einem dunklen, jeder rationalen Kontrolle entzogenen Gefühlsprozeß folgen, sondern mußte über die Gründe, die ihn zur Feststellung der Tatsache veranlaßt hatten, genau Rechenschaft ablegen.[2)] Das zwang den Richter dazu, im wesentlichen nur solche Dinge zu berücksichtigen, die sprachlich faßbar und von Dritten nachvollziehbar waren. Auch mußten die Gründe so gefaßt sein, daß sie Aussicht hatten, von dem zur Überprüfung der Tatsachenfeststellung berufenen höheren Richter anerkannt zu werden. Damit war die Überzeugung gegenüber der conviction intime deutlich objektiviert worden.[3)]

---

1) Die Bestimmung wurde in § 22 der Verordnung vom 3. Jan. 1849, die die neuen Prinzipien für das ganze Gebiet des allgemeinen Landrechts einführte, wörtlich übernommen, vgl. Krieter S. 26.
Daß freie Überzeugung und Begründung als Gegensatz angesehen wurde, kommt sogar sprachlich in dem "aber" zum Ausdruck.

2) Mit der Einführung der Begründungspflicht wurden zwei Ziele verfolgt. Einmal sollte der Richter veranlaßt werden, die Beweise gründlich zu würdigen. Zum anderen sollte die Angabe der Gründe die Überprüfung durch den höheren Richter ermöglichen. Vgl. Savigny a.a.O., S. 491.

3) Savigny, GA 6.Bd. (1858) hebt ausdrücklich hervor, daß die Richter keineswegs gleich den Geschworenen ohne eine äußere Rechenschaft und ohne Verantwortlichkeit nach bloß individueller Überzeugung urteilen sollen.

Savigny, der Verfasser der Denkschrift, die diesem Gesetz zugrunde lag, ging sogar soweit zu sagen, daß die Stellung der Richter nach Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie im wesentlichen dieselbe geblieben sei.[1] Der Unterschied bestehe nur darin, daß es dem Richter, der ohne Beweistheorie zu urteilen habe, selbst überlassen werde, die Beweisregeln, welche die allgemeinen Denkgesetze, die Erfahrung und die Menschenkenntnis an die Hand geben, aufzufinden und anzuwenden, während in der gesetzlichen Rechtstheorie das Gesetz selbst in unabänderlichen Beweisregeln den Beweiswert der einzelnen Beweismittel festgelegt habe. Nach Auffassung Savigny's konnte der Richter demnach nicht lediglich nach individueller Überzeugung urteilen, sondern war weiter an die Gesetze der Logik und Erfahrung gebunden. Allerdings findet sich bereits hier die später häufig anzutreffende Unklarheit über das Ausmaß der Bindung.[2] Festzuhalten ist jedenfalls, daß die Überzeugung nicht als Ergebnis eines im Grunde nicht nachvollziehbaren Persönlichkeitsakts angesehen wurde.

Als Folge der Märzrevolution des Jahres 1848 wurde in den deutschen Ländern der Schwurgerichtsprozeß eingeführt. Damit gewann das französiche Recht, das seit 1798 ohnehin bereits in den linksrheinischen Gebieten galt, an Einfluß. Insbesondere die Idee der conviction intime, nach der die Geschworenen allein nach ihrer Überzeugung zu urteilen hatten, ohne daß sie Rechenschaft darüber ablegen mußten, aus welchen Gründen sie

---

1) Savigny, GA 6. Bd. (1858) S. 484; so auch besonders Ullmann, S. 329.
2) Savigny a.a.O., S. 484 einerseits, S. 491 andererseits.

eine Tatsache als wahr ansahen, fand in zahlreichen Gesetzen ihren Niederschlag.[1] Allerdings hielten wichtige Gesetze trotz Einführung des Schwurgerichtsprozesses daran fest, daß die Überzeugung zu begründen sei. Neben dem bereits oben behandelten Gesetz Preußens vom Jahre 1846 ist hier das Gesetz Badens über die Einführung von Geschworenengerichten vom 17. Feb. 1849 zu nennen. In den Motiven dazu werden die Geschworenen ausdrücklich angewiesen, sich über die Überzeugung derart Rechenschaft zu geben, daß sie die Beweise zergliederten und gründlich gegeneinander abwogen.[2]

II. Die Befreiung des Strafprozesses "von den spanischen Stiefeln der legalen Beweistheorie"[3] konnte nicht ohne Einfluß auf den Zivilprozeß bleiben. Es bestand nämlich die Gefahr, daß in solchen Straf- und Zivilprozessen, in denen die gleichen Tatsachen umstritten waren, die Tatfrage allein aufgrund der verschiedenen Beweistheorie unterschiedlich gelöst wurde.[4] Das war für die Belange der Betroffenen wie für das Ansehen der Rechtspflege gleichermaßen unbefriedigend. Hinzu kam, daß auch im Zivilprozeß das Streben nach Feststellung der materiellen Wahrheit immer stärker wurde.[5] Eine formelle, nicht speziell juridische Wahrheit, die sich von dem, was andere Tatsachenforscher, etwa Historiker, unter dem Begriff verstanden, unterschied, konnte keinen Anspruch mehr darauf erheben, von den Parteien als Grundlage des richterlichen Urteils

---

1) Nähere Einzelheiten bei Krieter, S. 52, 55, 57, 59, 61
2) Krieter, S. 35, zum Standpunkt des Gesetzgebers der StPO, vgl. unten S. 158
3) Ausdruck von v. Groddeck, S. 190, (zitiert nach Patermann, S. 164)
4) So besonders Busch, AcP 37, 63 ff; vgl. auch Endemann (Beweislehre) S. 118
5) Dazu besonders Endemann a.a.O. S. 1, 14; ders. AcP 41, S. 92 ff; bes. S. 115 ff.

akzeptiert zu werden.[1] Da die formelle Beweistheorie, was selbst ihre Anhänger durchaus erkannten, der Feststellung der materiellen Wahrheit im Wege stand, wurde sie immer mehr durchbrochen. Wenn trotzdem bis etwa 1860 überwiegend, zumindest dem Grundsatz nach, an ihr festgehalten wurde, so allein deshalb, weil sie als das geringere Übel gegenüber einer nach der Überzeugung des Richters sich vollziehenden Tatsachenfeststellung angesehen wurde.[2] Der Haupteinwand gegen die Aufgabe der legalen Beweistheorie bestand nämlich darin, daß durch sie einer willkürlichen Tatsachenfeststellung Tür und Tor geöffnet wurde.[3] Veranlaßt wurde diese Befürchtung nicht zuletzt dadurch, daß man den Begriff der Überzeugung mit dem der conviction intime gleichsetze. Diese erschien, weil sie nicht begründet zu werden brauchte und in erster Linie als Ergebnis eines nicht nachvollziehbaren Gefühlsprozesses angesehen wurde, als Kriterium für die Tatsachenfeststellung im Zivilprozeß ungeeignet.[4] Insofern bestand zwischen Gegnern und Anhängern der freien Beweiswürdigung Einigkeit. Die letzteren verwiesen,

---

1) Vgl. besonders Endemann (Beweislehre). Nach Endemann ist kein Grund ersichtlich, warum der Richter eine Tatsache nicht ebenso frei ermitteln könne wie jeder andere denkende Laie. Wenn die gesetzliche Beweistheorie dies ablehne, so unterstelle sie damit dem Richter, daß er kein verständiger und gewissenhafter Mensch sei. Dank seiner Bildung und Ausbildung seien seine Person und sein Amt die beste Bürgschaft für eine einwandfreie Wahrheitsfindung. Der Hinweis auf die Bildung der Richter wird in den Motiven übernommen. Hahn, S. 275.

2) Savigny, GA 6. Bd. (1858), S. 486; Endemann, S. 626.

3) Endemann a.a.O., S. 32 m. ausführl. w. N.

4) Endemann a.a.O., S. 106, 134, wandte sich entschieden gegen die Gleichsetzung. Die Einführung der zivilen Jury wurde allgemein abgelehnt, vgl. Schwinge (Kampf) S. 139.

um die Bedenken gegen das neue Prinzip zu zerstreuen, vorrangig darauf, daß eine Beweiswürdigung nach freier Überzeugung keineswegs willkürliche, nicht zu begründende Tatsachenfeststellung bedeute.[1]
Endemann, der maßgeblichen Anteil am Durchbruch des neuen Prinzips hatte, spricht stets von logischer Überzeugung.[2] Beweisen heißt nach ihm die Überzeugung des Richters durch logische Gründe gewinnen.[3] Seiner Ansicht nach darf die Überzeugung nicht auf bloßen Gefühlseindrücken, die im französichen Schwurgerichtsprozeß häufig allein durch die Redekunst der Verteidiger hervorgerufen wurden, beruhen. Sie muß vielmehr "das Ergebnis einer reinen und gründlichen Verstandesoperation" sein.[4] Darüber hinaus darf sie sich nur nach den allgemein gültigen und jedermann zugänglichen Gesetzen der Logik bilden.[5] Durch eine derartige Interpretation der Überzeugung war der Haupteinwand gegen die Einführung des neuen Beweisprinzips entkräftet.

Die Vorstellungen Endemanns konnten sich in ihren Grundzügen in kurzer Zeit durchsetzen.[6] Auf dem zweiten Deutschen Juristentag, auf dem das Für und Wider der neuen Theorie ausführlich behandelt wurde,[7] konnte zwar noch keine Einigkeit über die Abschaffung der

---

1) Endemann (Beweislehre)
2) Endemann, a.a.O., S. 36, 38, 69, 80, 234, 592 und besonders S. 634.
   Ders. in AcP 42, S. 46 ff. (S. 70)
3) Endemann, a.a.O., S. 36
4) Endemann, a.a.O., S. 634
5) Vgl. dazu auch Heinsheimer, S. 135
6) Vgl. Patermann, S. 135
7) Patermann, m.w.N. in Fn. 240

formellen Beweistheorie erzielt werden. Auch auf dem dritten Deutschen Juristentag wurde, nachdem die für die zivilprozessualen Fragen zuständige 2. Abteilung bereits ihre Zustimmung erklärt hatte, ein von Endemann persönlich formulierter Antrag auf Einführung des Prinzips der freien Beweiswürdigung vom Plenum abgelehnt. Der auf dem vierten Deutschen Juristentag erneut von der 4. Abteilung verabschiedete Antrag wurde schließlich vom Plenum ohne Widerspruch zur Kenntnis genommen.[1] Damit war das neue Prinzip, worauf später die Motive zu Recht hinweisen,[2] von Rechtsgelehrten, Richtern und Anwälten anerkannt worden. Der Gesetzgeber konnte sich der neuen Entwicklung nicht verschließen. In den 60er Jahren wurde in Bayern, Baden und Württemberg das neue Beweisprinzip eingeführt.[3] Bereits der 1871 veröffentlichte erste Entwurf der ZPO sah in § 235 die Einführung der Beweiswürdigung nach freier Überzeugung des Richters vor. Eine nähere Begründung dafür wurde nicht gegeben. Es wurde lediglich ausgeführt, daß das Prinzip allgemein anerkannt sei und insbesondere auch im Strafprozeß gelte. Mit eben dieser Begründung übernahm der Gesetzgeber in die Zivilprozeßordnung in § 259,[4] das neue Beweisprinzip.

---

1) Patermann, S. 136
2) Vgl. Hahn (Motive zur ZPO) S. 275
3) Weitere Einzelheiten bei Patermann, S. 150, 152, 166-169
4) Die Vorschrift entspricht dem heutigen § 286 ZPO.

§ 8 DIE AUFFASSUNG DER RECHTSPRECHUNG

I. Durch die Einführung des neuen Beweissystems sahen sich die Richter vor eine ungewohnte Aufgabe gestellt. Sie konnten sich bei der Tatsachenfeststellung nicht mehr auf gesetzliche Beweisregeln stützen, sondern mußten selbst entscheiden, ob eine Tatsache bewiesen war. Damit war die Verantwortung für die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung vom Gesetz auf die Richter übertragen worden.
Diese standen der neuen Art der Tatsachenfeststellung unsicher gegenüber.[1] Anders als die Gegner der freien Beweiswürdigung befürchtet hatten, nahmen sie das Merkmal der freien Überzeugung nicht zum Anlaß, unter Mißachtung der Sätze der Erfahrung und der Logik Tatsachen willkürlich festzustellen.[2] Vielmehr wurde die Überzeugung im entgegengesetzten Sinne mißverstanden. Man verstand zum Teil dieses Merkmal in dem Sinne, daß Tatsachen nur dann als bewiesen angesehen werden durften, wenn auch nicht mehr der leiseste theoretische Zweifel an ihrer Richtigkeit bestand. Bei einem solchen Verständnis des Merkmals der freien Überzeugung konnte es praktisch niemals zu einer Tatsachenfeststellung kommen, da Fälle, in denen auch die theoretische Möglichkeit eines anderen Verfahrensablaufs ausgeschlossen ist, äußerst selten sind. Die Entscheidung wird dann im Zivilprozeß den Beweislastregeln überlassen, im Strafprozeß ist aufgrund des Grundsatzes in dubio pro reo der Angeklagte freizusprechen.
Bezeichnenderweise geht es in den wenigen Entscheidungen, in denen sich das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof grundlegend mit dem Merkmal der freien

---

1) Vgl. zu folgenden Leonhard (Beweislast) S. 178 ff.
2) Vgl. Döhring, S. 444 ausführlich zur Frage, wie sich die Richter in den einzelnen Phasen bei der Tatsachenfeststellung verhalten haben;
vgl. auch Kollhosser (Diss.) S. 14-22

Überzeugung auseinandersetzten,[1] mehrfach darum, richtigzustellen, daß die Anforderungen an die Tatsachenfeststellung nicht überspannt werden dürfen. Grundlegend ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 14. Jan. 1885[2]. Die darin enthaltenen Ausführungen über das Merkmal der freien Überzeugung finden sich, häufig wörtlich, bis in die jüngste Zeit sowohl in Entscheidungen in Straf- wie in Zivilsachen.[3] Sie seien deswegen wörtlich wiedergegeben. Das Reichsgericht führt aus: "Vermöge der Beschränkung der Mittel menschlichen Erkennens kann niemand (selbst im Falle einer unmittelbaren Anschauung eines Vorgangs) zu einem absolut sicheren Wissen von der Existenz eines Tatbestandes gelangen. Abstrakte Möglichkeiten der Nichtexistenz sind immer denkbar. Wer die Schranken des menschlichen Erkennens erfaßt hat, wird nicht annehmen, daß er in dem Sinne zweifellos von der Existenz eines Vorgangs überzeugt sein dürfe, daß ein Irrtum absolut ausgeschlossen wäre." Diese Ausführungen wurden zu Recht allgemein gebilligt.[4]

---

1) Vgl. RGZ 15, 338 (339); RGST 61, 206, Einzelheiten unten S.
2) Vgl. RGZ 15, 338 (339)
3) Entscheidungen in Strafsachen: RGSt 51, 127; 61, 206; 66, 164; BGH NJW 51, S. 83 u. NJW 51, S. 122; OLG Koblenz, VRS 73, Bd. 44, S. 44.
Entscheidungen in Zivilsachen: RGZ 95, 249; 102, 316 (321); 162, 223, (229) vgl. auch die folgende Anm.
4) Entscheidungen in Strafsachen: BGH NJW 51, 83; S. 122; BGH GA 1954, S. 152
Entscheidungen in Zivilsachen: BGH NJW 57, 1039; BGHZ 7.116; BGHZ 53, S. 240 ff.: BGH VersR 65, 797 u. 946; BGH BauR 73, S. 51; BVerwGE 7, 248;
Vgl. ferner Heinsheimer S. 142; Mezger, S. 159-161; Wimmer, DRZ 1950, S. 390 (391); Niese GA 1954, S. 148; Stree, S. 38.

Dagegen ist der Schluß, den das Reichsgericht aus dieser Erkenntnis zog, nicht im gleichen Maße unumstritten.[1] Das Reichsgericht fährt nämlich fort: "Deswegen gilt im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht, als Wahrheit und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit als Überzeugung von der Wahrheit." An dieser Definition der freien Überzeugung hat das Reichsgericht in Zivilsachen im wesentlichen festgehalten.[2]

Analysiert man die Ausführungen, so fällt auf, daß das Reichsgericht an keiner Stelle vom Richter verlangt, er müsse das innere Gefühl haben, daß kein Zweifel mehr an der Wahrheit bestehe. Vielmehr ist der Richter im Sinne des § 286 ZPO dann überzeugt, wenn er erkannt hat, daß für die Richtigkeit der Tatsache eine hohe Wahrscheinlichkeit spricht. Daß es sich bei dieser Entscheidung um einen unvertretbaren Persönlichkeitsakt handelt, der im letzten Grunde jeder rationalen Kontrolle entzogen ist, wird nirgends gesagt. Mit dem Hinweis auf die Wahrscheinlichkeit wird im Gegenteil die Beweiswürdigung objektiviert, da die Frage, wann eine Tatsache wahrscheinlich ist, im wesentlichen anhand der Erfahrung und nicht etwa aufgrund eines inneren Gefühls zu entscheiden ist. Die immer wieder gebrauchte Formulierung, daß im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit als Wahrheit gilt und daß das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit als die Überzeugung von der Wahrheit anzusehen ist, läßt sogar Raum dafür, daß der Richter in diesem Fall von der Richtigkeit der Tatsache auszugehen

---

1) Dazu S.52 ff
2) Vgl. Anm. 3) auf S. 50

hat, also im Sinne des § 286 ZPO überzeugt sein muß. Gegenüber dem bisherigen Rechtszustand ist die Beweiswürdigung insofern subjektiviert, als nicht mehr das Gesetz in einer abstrakten Regel, sondern der Richter darüber entscheidet, wann der zur Feststellung der Tatsachen erforderliche hohe Grad der Wahrscheinlichkeit erreicht ist. Inwiefern ihm dabei ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, läßt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Jedenfalls muß der Richter bei der Beweiswürdigung von einem richtig verstandenen Begriff der Überzeugung ausgehen.

Die vom Reichsgericht verwendete Definition wurde, sofern es um Entscheidungen in Zivilsachen ging, in der Literatur nicht beanstandet.[1] Anders hingegen war die Reaktion auf Entscheidungen in Strafsachen, in denen diese Formulierung verwendet wurde. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen steht dabei RGSt 61,202 ,(206).[2] Dort hatte das Reichsgericht die Beweiswürdigung der Vorinstanz deswegen beanstandet, weil es zu hohe Anforderungen an die Überzeugung gestellt hatte. Zur Beschreibung der Überzeugung bediente sich das Reichsgericht nahezu wörtlich der Formulierungen, die in RGZ 15, S. 339 enthalten sind. Insbesondere die Wendung "der Richter habe sich bei der Tatsachenfeststellung mit dem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit zufriedenzugeben, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis besteht" [3]

---

1) Ausdrücklich angeschlossen hat sich Planck (Lehrbuch) S. 164, 165

2) Die Entscheidung übernimmt Formulierungen, die bereits in RGSt 51, S. 127 und 58, S. 131 verwendet worden waren.

3) Der Formulierung haben sich angeschlossen RG JW 1929,S. 862; 1930, S. 761; RGSt 72, S. 90; 75, S. 326; OLG Frankfurt, SJZ 1948, S. 617/618.

stieß weiterhin auf entscheidende Ablehnung.[1] Diese wurde damit begründet, es sei mit dem Wesen des Strafprozesses nicht vereinbar, einen Angeklagten bereits dann zu verurteilen, wenn für die Begehung der Tat lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit spreche. Vielmehr müsse der Richter jeden Zweifel überwunden haben.

Ersichtlich im Hinblick auf die negative Reaktion, die diese Wendungen in der Literatur hervorgerufen hatte, vollzog das Reichsgericht in RGSt 66, S.163 (164) eine Wende.[2] Danach durfte der Richter sich nicht mehr mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit zufriedengeben. Wahrscheinlichkeitserwägungen dienten nur als vorstufige Hilfsmittel zur Erlangung der Überzeugung. Letzlich ausschlaggebend war, daß der Richter die subjektive Gewißheit gewann, daß er die Tatsachen für wahr und nicht lediglich für wahrscheinlich ansah.[3] Dazu mußte der Richter jedes, auch des leisesten Zweifels, Herr geworden sein und wirklich die volle Überzeugung gewonnen haben.[4] Für Zweifel war nur im Beratungszimmer Platz.

---

1) Vgl. als erste Reaktion. Scanzoni, JW 1928, S. 2181 (2183); Ehrenzweig, JW 1929, S. 85 (86); ablehnend ebenfalls Heilbronn, S. 70, Fn. 28. (Sie hält RGSt 61, S. 206 für eine sehr gefährliche Entscheidung.) Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 261, Anm. 3; Kleinknecht, § 261, 8; ders. GA 61, S. 45; Erbs, § 261 B IV; Hen kel, S. 351; Peters (Lehrbuch), § 36 XI; Hartung, SJZ 1948, Sp. 582; Schwinge (Kampf) S. 84, 86; Bohne NJW 53, 1377; Wimmer, DRZ 1950, S. 390 ff, Niese, GA 1954, S. 148; Stree, S. 39

2) Bereits das Reichsgericht und nicht, wie Stree (S.139) meint, erst der Bundesgerichtshof, vollzog die Wendung.

3) Zum Verhältnis von Wahrscheinlichkeit und Überzeugung siehe unten S. 177 ff

4) Vgl. Zeiler, LZ Bd. 27 (1933) S. 280

Außerhalb der internen Beratung durfte nicht mehr der geringste Anschein eines Zweifels auftauchen.

Dabei ging das Reichsgericht offenbar davon aus, die für die Überzeugung verlangte innere Gewißheit könne, falls sie sich nicht von selbst einstelle, ggfs. durch einen Willensentschluß erreicht werden, ferner, daß mit dem Schritt aus dem Beratungszimmer der Gedanke, es könne auch anders gewesen sein, im Bewußtsein des Richters ausgelöscht werden könne.[1] Die Überzeugung war damit deutlich subjektiviert worden.[2] Das, was das Reichsgericht in dieser Entscheidung unter Überzeugung verstand, läßt sich am besten mit der von Kant gegebenen Definition zusammenfassen, nach der "die wahre Überzeugung nur aus dem wirklichen Gefühl entsteht, daß die Sache nicht anders sein könne, als so, wie wir sie erkennen."

II. Eine damit weiterhin übereinstimmende Ansicht vertritt der Bundesgerichtshof, und zwar sowohl in seinen Entscheidungen in Zivil- wie in Strafsachen.[3] Der Bundesgerichtshof hat zwar mehrfach gegen eine Übersteigerung der Beweisanforderungen Stellung genommen,[4]

---

1) Vgl. Zeiler, LZ Bd, 27 (1933) S. 280; dazu unten S.178
2) Dies wird besonders von KG JW 32 (1563) herausgestellt.
3) BGHSt 10,208(210)18, 275; BGHZ 26, 391 (399); vgl. dazu auch noch die in folg. Anm. aufgeführten Entscheidungen.
4) Zivilsachen: BGHZ 2, 138 (140, 141); 7, 119, 26, 391 (399); 53, 245, (256); BGH NJW 73, 1924 (1925) Strafsachen: BGH NJW 51, S. 83 u. 122; BGHSt 10, 208 211; BGHSt 18, 311 (318); BGHSt 11, S. 1; BGH GA 1954, S. 152. Zur Frage, wie das mit dem Erfordernis der persönlichen Überzeugung zu vereinbaren ist, vgl. unten S.82 ff

In diesen Entscheidungen wendet er sich aber, zumindest dem Wortlaut nach, lediglich gegen die bereits vom Reichsgericht verworfene Auffassung, Überzeugung setze die Erkenntnis der objektiven Wahrheit voraus. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof das aus, was bereits das Reichsgericht angeführt hatte. Verstünde man das Merkmal der Überzeugung in diesem Sinne, so wäre eine Tatsachenfeststellung überhaupt ausgeschlossen, da stets die theoretische Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs bestehe. Der Richter würde in diesem Falle einer seiner wichtigsten Aufgaben nicht gerecht werden. Demgemäß darf er seine fehlende Überzeugung nicht unter Hinweis auf die theoretische Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs begründen.[1] Andererseits darf sich der Richter bei der Tatsachenfeststellung nicht mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügen. Er muß sich vielmehr, über das Wahrscheinlichkeitsurteil hinausgehend, die innere Gewißheit von der Tatsache verschafft haben. Nicht ganz eindeutig war zunächst, ob es dabei auf die Vorstellung eines objektiven Beurteilers ankommt[2] oder ob die ureigene persönliche Auffassung des entscheidenden Richters

---

1) Vgl. Stree, S. 38
2) BGHSt NJW 51, S. 83, stellt auf einen besonnenen gewissenhaften und lebenserfahrenen Beurteiler ab; RGZ 162, 223; 163, 321 (324); BGH 7, 116 (120) sprechen von einem "vernünftigen, die Lebensverhältnisse überschauenden Mann"; RGZ 158, 362, 370 führt aus, "der Richter habe so zu entscheiden, wie an seiner Stelle jeder verständige und unbefangene Beurteiler die Dinge sehen würde." So auch Stein-Jonas Schumann-Leipold, 286 I 1
ablehnend Scanzoni, NJW 51, S. 222

maßgeblich ist. Der Bundesgerichtshof hat in einer seiner letzten Entscheidungen, in der er sich grundlegend mit der Beweiswürdigung auseinandersetzt, eindeutig auf die ureigene persönliche Auffassung des entscheidenden Richters abgestellt.[1] Nur ob dieser seine eigenen Zweifel überwunden und die innere Gewißheit erlangt habe, sei entscheidend.[2] Ob ein anderer Richter, etwa der Idealrichter, in seiner Lage noch Zweifel gehabt hätte, sei belanglos. Dies werde vielfach ungenau so ausgedrückt, daß das Gericht sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügen dürfe. Das sei falsch, falls damit von der Erlangung einer eigenen Überzeugung des Richters von der Wahrheit abgesehen werden sollte.[3] Mit der Forderung, der Richter müsse, damit er eine Tatsache als bewiesen ansehen könne, frei von jedem realen Zweifel sein, verlangt die Rechtsprechung vom Richter, sich zu einer affektiv gefärbten inneren Einstellung zu den Tatsachen durchzuringen. In den meisten Fällen wird sich nämlich eine solche innere Gewißheit nicht ohne weiteres einstellen. Ob sie überhaupt durch einen Willensentschluß in der Weise erreicht werden kann, daß fortan sämtliche Zweifel schweigen, erscheint äußerst zweifelhaft. Darauf wird unten noch einzugehen sein.

Ein Vergleich der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der des Bundesgerichtshofs ergibt, daß in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen nirgends davon die Rede ist, daß der Richter eine innere, gefühlsmäßig betonte Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache gewinnen müsse. Vielmehr wird ent-

---

1) BGHZ 53, S. 245, 255/256, LM Nr. 5 a zu ZPO Allgemeines mit Anm. Arndt; BGHSt 10, 208 (209/210)
2) BGHZ a.a.O., so bereits Heinsheimer, S. 143
3) BGHZ 53, 245 (256); vgl. auch BGH DRiZ 1967, 239; 1959, 53, vgl. auch BGH NJW 74, 2249 (2250) wo voller Beweis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gleichgestellt wird.

scheidend auf das Wahrscheinlichkeitsmoment und damit auf die objektive Seite der Beweiswürdigung abgestellt. Das Reichsgericht wollte dadurch ersichtlich verhindern, daß das Merkmal "nach freier Überzeugung" als Freibrief für eine rein subjektive, ja sogar willkürliche Tatsachenfeststellung mißverstanden wurde. Wenn der Richter vorrangig nach der Wahrscheinlichkeit vorzugehen hatte, so war er zur Beachtung der Denkgesetze und Erfahrungssätze gezwungen und mußte sich bei Verstößen gegen diese Eingriffe in die Tatsachenfeststellung durch das Revisionsgericht gefallen lassen. Hingegen gewähren die Formulierungen, mit denen der Bundesgerichtshof das Wesen der freien Überzeugung beschreibt, dem Richter bei der Tatsachenfeststellung einen breiten Raum. Wenn es danach letztlich auf die ureigene Überzeugung des entscheidenden Richters ankommt, so liegt der Schluß nahe, daß es sich bei der Beweiswürdigung um einen unvertretbaren und im letzten Grunde nicht nachvollziehbaren Persönlichkeitsakt handelt. Von diesem Ausgangspunkt her lassen sich Eingriffe in die Beweiswürdigung kaum rechtfertigen, da der Richter immer dann, wenn er nach seiner ureigenen Überzeugung urteilt, gesetzmäßig handelt.

§ 9 DIE AUFFASSUNGEN IN DER LITERATUR

I. In diesem Sinne ist das Merkmal auch von einem Großteil der Literatur verstanden worden.[1)] Dabei wurde zum Teil sogar die Auffassung vertreten, der Richter sei bei der Beweiswürdigung völlig frei, insbesondere

---

1) Zur strafprozessualen Literatur vgl. Anm.) auf S. Ferner: Glaser (Handbuch) S. 346; Hellwig, Gerichtssaal 88, S. 423; Seibert, JZ 63, S. 616/617; Döhring, S. 462;

Zur zivilprossesualen Literatur; Heinsheimer, S. 139 Sebba; S. 69, Manigk; S. 136, Baumbach-L. S.286, 2 A; Nickisch, S. 84 IV 2; Schneider (Beweis) S. 12; Kuchinke (Grenzen) S. 175; ders. (Freiheit) S. 35; Schönke-Kuchinke, S. 56 II; Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 70.
Vgl. ferner die in Anm. 1) auf S. 58 aufgeführten.

sei er nicht an die allgemeinen Erfahrungssätze gebunden. Stein drückte dieses Prinzip so aus: "Mag der untere Richter von dem tollen Satz ausgegangen sein, daß ein Zeuge nach drei Jahren noch den genauen Wortlaut einer zweistündigen politischen Rede im Kopf haben könne, mag er geleugnet haben, daß der Besitz erweislich gestohlener Sachen ein Indiz für den Diebstahl sei, mag er die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses einer Schwiegermutter nach den bekannten Anschauungen der "fliegenden Blätter" bemessen oder den Kausalzusammenhang zwischen einer Ohrfeige und dem acht Tage später eingetretenen Herzschlag angenommen haben: In allen Beziehungen ist er von rechtlichen Schranken und damit von jeder Nachprüfung in der Revisionsinstanz frei."[1]

Diese Auffassung kann für sich dogmatische Klarheit und Folgerichtigkeit in Anspruch nehmen. Wenn nur der urteilende Richter über die Tatsachenfeststellung zu entscheiden hat und wenn er dabei an die Sätze der Erfahrung nicht gebunden ist, so ist eine fehlerhafte Beweiswürdigung kaum denkbar. Bei einer solchen Interpretation des Merkmals der freien Überzeugung stellen sich die zahlreichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Tatsachenfeststellung mit der Revision angegriffen werden kann, nicht. Die für die Revision gemäß den §§ 549, 561 Abs. 2 ZPO, 337 StPO erforderliche Rechtsverletzung

---

1) Stein (Privates Wissen) S. 111, Heilbronn, S. 70, Pohle, S. 32; so zunächst auch Wach, JW 1881, S. 74; in Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1896, S. 287 Anm., führt Wach aus, es sei ihm nicht in den Sinn gekommen, alle Erfahrungssätze aus der Revisionsinstanz verbannen zu wollen. In den Grenzen der Revisibilität seien sie selbstverständlich anzuwenden.

wäre nicht gegeben, wenn der Richter, sei es auch aufgrund der absonderlichsten Vorstellungen, eine Tatsache für wahr hielt.

Diese Auffassung wird zu Recht heute allgemein abgelehnt.[1] Sie verkennt zunächst, daß mit dem in §§ 286 ZPO und 261 StPO verwandten Merkmal "frei" nicht das Wesen und die Eigenart der richterlichen Überzeugung beschrieben werden sollte. Vielmehr sollte durch das Merkmal nur ausgedrückt werden, daß die Beweiswürdigung frei von kodifizierten Beweisregeln zu erfolgen hat.[2] Ferner wird diese Interpretation des Merkmals der freien Überzeugung dem Zweck, den das Gesetz mit der Einführung des neuen Beweissystems verfolgte, nicht gerecht. Vom System der gesetzlichen Beweisregeln war der Gesetzgeber nicht deswegen abgegangen, weil er etwa die Macht und das Ansehen der Richter stärken wollte. Es ging vielmehr allein um die Verbesserung der Wahrheitsermittlung.[3] Der Gesetzgeber hatte erkannt, daß er selbst diese Aufgabe durch Aufstellen von abstrakten Beweiswürdigungsregeln nicht lösen konnte. Die herkömmlichen Beweisregeln standen vielmehr der Feststellung der materiellen Wahrheit im Wege. Der Richter,

---

1) Vgl. dazu unten S. 84 ff
2) Vgl. Heinsheimer, S. 133; Mezger, S. 181 ff.; Döhring, S. 473; Henke, ZZP 82, S. 196 ff. (S.376); Schlotz, S. 214 u. 215; unrichtig Sauer, S. 172, nach dessen Auffassung die Überzeugung deshalb frei ist, weil der Richter nicht nur auf die Würdigung der Beweise beschränkt sei, sondern aufgrund der gesamten mündlichen Verhandlung die Tatsachen feststellen könne. Dies ergibt sich jedoch für den Zivilprozeß bereits aus der Formulierung der "gesamten Verhandlung", für den Strafprozeß aus der Formulierung "aus dem Inbegriff der Verhandlung." Nach Luhmann (Legitimation) S.63 soll durch das Wort frei ausgedrückt werden, der Richter dürfe bei der Beweiswürdigung prozeßfremde Rollen unberücksichtigt lassen.
3) Dies wird besonders von Mezger, S. 381 ff. und von Döhring, S. 473 herausgestellt.

der im Hinblick darauf, daß er Parteien und Zeugen aus eigener Anschauung kannte, zur Tatsachenfeststellung als geeignet angesehen wurde, sollte nun diese Aufgabe übernehmen. Keineswegs sollten die Parteien hinsichtlich der Tatsachenfeststellung der Willkür und den besonderen Eigenarten des Richters ausgesetzt sein.
Hinzu kommt, daß Entscheidungen im Zivilprozeß kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anweisung § 286 ZPO, solche im Strafprozeß aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung[1] begründet werden müssen. Die Begründung dient unter anderem dazu, den Parteien die Tatsachenfeststellung zu erläutern und sie damit zur Anerkennung des Richterspruchs zu bringen. Solche Beweiswürdigungen, wie Stein sie beschreibt, hätten in keinem Fall Aussicht darauf, von den Betroffenen anerkannt zu werden. Die Literatur verlangt denn auch, daß die Beweiswürdigung sich nach den Gesetzen der Logik und der Erfahrung zu vollziehen hat.[2] So würde etwa eine Glaubensüberzeugung den Anforderungen der §§ 286, 261 StPO nicht gerecht.[3] Festzuhalten ist aber, daß dem Grundsatz nach die Literatur in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Überzeugung als eine affektiv gefärbte, zumindest teilweise aufgrund irrationaler Momente gewonnene innere Einstellung zum Beweisergebnis ansieht.

---

1) Vgl. dazu unten S. 158 ff
2) Statt aller Kuchinke (Grenzen) S. 175. Weitere Einzelheiten siehe unten S. 84 ff.
3) Vgl. Seibert, DRiZ 49, 557 ff, ders. NJW 55, 172, ders. JZ 63, 616, 617

II. Gänzlich anders wird das Merkmal der freien Überzeugung neuerdings von einem Teil der Literatur verstanden. In Anlehnung an die nordische Prozeßwissenschaft[1] verlangt diese Auffassung keine Überzeugung im Sinne eines subjektiven Fürwahrhaltens.[2] Der Richter braucht sich danach nicht aufgrund eines emotional gefärbten Persönlichkeitsakts zu einer inneren subjektiven Gewißheit durchzuringen. Zur Feststellung einer Tatsache reiche vielmehr aus, daß für sie eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spreche. Diese Auffassung wird unterschiedlich begründet. Zum einen wird darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung zwar stets ein Fürwahrhalten ohne jeden Zweifel im Zusammenhang mit der Überzeugung fordere, in der Praxis jedoch in aller Regel Tatsachen bereits dann als bewiesen ansehe, wenn für sie lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spreche. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf die Rechtsprechung zum prima facie-Beweis hingewiesen, nach der bei Vorliegen eines Erfahrungssatzes der Tatsachenrichter von der Revisionsinstanz angewiesen werden kann, Tatsachen als bewiesen anzusehen, mithin überzeugt zu sein. Mit der Forderung, der Richter müsse selbst die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt haben, sei ein solches Vorgehen nicht zu vereinbaren. Ein Vorteil dieser Auffassung sei auch, daß sich für sie die Problematik des Anscheinsbeweises nicht stelle[3]. Ferner werde durch den Begriff der richterlichen Überzeugung verdeckt, daß der Richter in den meisten Fällen ohnehin nur zu einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung gelangen könne.[4] Der "Natur der Sacherwahrung"

---

1) Vgl. Ekelöf ZZP 75 Bd. 1962, S. 289 ff (bes.S. 295-297) Bolding in (Freiheit) S. 57-64
2) Bruns, § 32 II 6, Grunsky, § 43 I (S.390), Kegel S.344
3) Vgl. Bolding (Freiheit) S. 60
4) Vgl. Bruns, § 32 II 6

werde eher Rechnung getragen, wenn sich der Richter der Beschränkung seiner Erkenntnismöglichkeit bewußt sei.[1]

Wann eine zur Tatsachenfeststellung ausreichende überwiegende Wahrscheinlichkeit vorliegt, wird mit Ausnahme von Kegel,[2] einem der Hauptvertreter dieser Auffassung, nicht näher ausgeführt. Kegel hält eine Tatsachenfeststellung bereits dann für zulässig, wenn für sie eine überwiegende Wahrscheinlichkeit von 51 % spricht.[3] Zur Begründung führt er lediglich an, es entspreche dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit, bereits in diesem Fall zur Tatsachenfeststellung zu gelangen.[4] Anderenfalls müßte nämlich der Richter zu einem non liquet kommen und die Entscheidung den Beweislastregeln überlassen. Diese seien aber zu starr, als daß sie in jedem Einzelfall eine sachgerechte Entscheidung ermöglichten. Kegel kommt damit zu einer Ergebnisteilung nach Wahrscheinlichkeit.[5]

Die Auffassung Kegels steht und fällt mit der Frage, ob das von Kegel berufene Gerechtigkeitsprinzip in dieser Form aus dem Gesetz ableitbar ist. Bereits die Existenz der Beweislastregeln spricht eindeutig dagegen. Wie bereits ausgeführt, müßte nach Kegels Auffassung der Richter bereits zur Feststellung gelangen, wenn für die Richtigkeit der Tatsache lediglich eine Wahrscheinlichkeit von 51 % besteht.. Nur für den Fall der 50 %-igen Wahrscheinlichkeit sei noch Raum für das Eingreifen der Beweislastregeln.[6] Es ist

---

1) Vgl. Bruns, § 32 II 6
2) Kegel S.338
3) So auch Bruns, a.a.O., der auf das im nordischen Prozeß geltende Överwichsprinzip verweist.
4) Vgl. Kegel, S.335,344
5) Vgl. Schwering, S. 21, Kegel, S. 337
6) Vgl. Kegel, S. 335, 337

zwar nach Einführung der freien Beweistheorie die Ansicht vertreten worden, der Richter werde nun stets zu einer Feststellung gelangen, so daß für die Beweislastregeln kein Anwendungsbereich mehr bleibe.[1] Diese Meinung findet indes weder in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift noch in deren Wortlaut eine Stütze. Auch vom Sinn und Zweck der Vorschrift läßt sie sich nicht begünden. Durch das neue Beweissystem sollte die Wahrheitsfindung verbessert werden. Keineswegs ging der Gesetzgeber davon aus, daß der Richter nach Einführung des Prinzips freien Beweiswürdigung stets zu einer entweder bejahenden oder verneinenden Feststellung gelangen werde.[2] Die Meinung Kegels führt zu einer gesetzwidrigen Beschränkung des Anwendungsbereichs der Beweisregeln.

Hinzu kommt, daß Kegels Auffassung vom Wesen der richterlichen Überzeugung, die für den Zivilprozeß entwickelt worden ist, nicht, wie Kegel selbst erkennt, auf den Strafprozeß übertragen werden kann.[3] Dort ist eine Verurteilung schon im Hinblick auf den Grundsatz in dubio pro reo ausgeschlossen, wenn dem Täter lediglich mit 51 %-iger Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, daß er die Tat begangen hat. Kegel müßte demnach konsequenterweise zu der Auffassung gelangen, daß trotz der in § 286 ZPO und in § 261 StPO gleichen Formulierung Überzeugung in einem unterschiedlichen Sinn verstanden werden muß. Wie ein Blick auf ausländische Verfahrensordnungen

---

1) So Kohler (Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft) Bd. 2, S. 118 ff., 6. Aufl. 1904; Brodmann, AcP 98, 133, 139, 142, 165.
2) Vgl. Bähr, S. 394; Gautschi, S. 11
3) Vgl. Kegel, S. 342

zeigt, ist es zwar möglich, daß im Zivil- und im Strafprozeß unterschiedliche Anforderungen an die Tatsachenfeststellung gestellt werden.[1] Diese Modelle lassen sich aber auf die deutschen Verfahrensordnungen schwerlich übertragen, da der Gesetzgeber, wie aus der Vorgeschichte ersichtlich, das Prinzip der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß nicht zuletzt deswegen eingeführt hat, weil er die Art der Tatsachenfeststellung im Zivilprozeß dem bereits im Strafprozeß vorher eingeführten Beweissystem anpassen wollte. Bei den weiteren Untersuchungen zur Frage, ob Überzeugung, so wie es die h. M. und Rechtsprechung versteht, wirklich verlangt, daß der entscheidende Richter selbst die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsachen gewonnen hat oder ob nicht der Grundsatz von Rechtsprechung und Literatur selbst häufig durchbrochen worden ist, daß es angemessen erscheint, diesen Grundsatz aufzugeben, kann demnach das von Kegel vorgeschlagene Wahrscheinlichkeitsmodell außer Betracht bleiben.

---

1) Im englisch-amerikanischen Recht gibt es drei für die Überzeugung erforderlichen Beweismaßstäbe. Im normalen Verfahren genügt die preponderance of probability, eine höhere Wahrscheinlichkeit (clear and convincing proof) wird bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte einer Person verlangt. Und schließlich wird in den Fällen einschneidender Bedeutung für die Betroffenen, besonders im Strafverfahren, eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit (beyond a reasonable doubt) verlangt. Vgl. Schwering, S. 86; Kegel, S. 335 mit zahlreichen Nachweisen in Anm. 43; vgl. auch S. 342. Im schwedischen Zivil- und Strafprozeß wird überhaupt nicht von Überzeugung gesprochen. Vgl. Bolding (Freiheit) S. 57 ff

III. M. E. muß das Merkmal der freien Überzeugung in folgender Weise verstanden werden. Der Richter darf und muß Tatsachen dann feststellen, wenn jeder andere verständige lebenserfahrene Richter die Tatsachen als bewiesen ansähe. Dies führt zu einer fiktiven Beweiswürdigung. Im Unterschied zum herkömmlichen Überzeugungsmodell ist zur Tatsachenfeststellung nicht erforderlich, daß der Richter aufgrund eines Gesamtpersönlichkeitsakts die innere Gewißheit von der Richtigkeit einer Tatsache erlangt hat. Der Richter muß vielmehr bei der Tatsachenfeststellung möglichst weit von seiner eigenen persönlichen Einstellung absehen und versuchen festzustellen, wie jeder andere verständige Richter den Sachverhalt beurteilt hätte. Er braucht nicht mehr das Evidenzgefühl erlangt zu haben, die Sache sei so und nicht anders gewesen, sondern kann sich mit einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung begnügen. Da im Strafprozeß stets, im Zivilprozeß dann, wenn die Parteien über Tatsachen streiten, gemäß §§ 261 StPO, 286 ZPO nur wahre Tatsachen den Feststellungen zugrunde gelegt werden dürfen, muß grundsätzlich zum Beweis eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit erreicht worden sein. Im Zivilprozeß kann sich der Richter bei Sachverhalten, die ihrer Natur nach nicht voll aufklärbar sind, ausnahmsweise mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad begnügen, wenn ein non liquet und die damit verbundene Entscheidung über die Beweislastregeln zu einem unbilligen Ergebnis führt.[1)]

Gegen dieses Beweismodell könnte vorgebracht werden, dem Richter sei es gar nicht möglich, Tatsachen so festzustellen, wie jeder andere verständige Richter sie auch festgestellt hätte. Der Richter könne nicht, statt selbst zu entscheiden, die Entscheidung einem anderen vernünftigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Richter

---

1) vgl. unten S. 117 ff

- einem Geschöpf seiner Phantasie - überlassen.[1] Dagegen ist anzuführen, daß der Richter, wie bereits oben dargelegt,[2] bei der Beurteilung normativer Tatbestandsmerkmale stets so zu entscheiden hat, wie jeder andere Richter an seiner Stelle entschieden hätte. So muß er beispielsweise bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, prüfen, ob es "dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widerspricht.[3] Er darf nicht seine eigene Auffassung von Moral für maßgeblich halten. Hat der Richter eine Willenserklärung auszulegen, so muß er sich fragen, wie ein verständiger Empfänger unter Berücksichtigung aller Umstände, ferner unter Beachtung von Treu und Glauben und der Verkehrssit-te die Erklärung verstehen mußte. In all diesen Fällen kommt es auf die Sicht des vernünftigen Menschen an. Der Richter ist zur Objektivierung seiner persönlichen Wertungsvorstellungen verpflichtet, da es nur dann, wenn er als verständiger Mensch entscheidet, möglich ist, den Konsens anderer verständiger Menschen zu erreichen.[4] Ähnlich wie in diesen Fällen soll durch die Formulierung, nach der die Sicht eines verständigen Richters über die Tatsachenfeststellung entscheidet, ausgedrückt werden, daß sich der Richter nicht vorschnell auf seine eigene Auffassung, auf ein möglicherweise trügerisches Evidenzgefühl[5] verlassen darf, sondern verpflichtet

---

1) vgl. Ehrenzweig, JW 1929, S. 85 (87)
2) vgl. oben S. 12
3) vgl. RGZ 84, S.
4) vgl. Esser (Vorverständnis), S. 18 - 23 (besonders S. 21 - 22)
5) vgl. Bohne, S. 68 ff. (Psychologie); Schreiber, S. 4-6 Entgegen der Auffassung Schreibers (S. 24 - 41) läßt sich der Beweiswert der einzelnen Beweismittel nicht in mathematischen Formeln erfassen.

ist, sich wie jeder andere, der einen historischen Sachverhalt aufzuklären hat, der Hilfsmittel zu bedienen, die allein eine sachgerechte Aufklärung ermöglichen.

Zweifelhaft ist, ob das hier vertretene Beweismodell für den Strafprozeß nicht schon im Hinblick auf den Grundsatz in dubio pro reo ausscheidet.[1] Im Strafprozeß muß das Gericht den Beweis dafür erbringen, daß der Angeklagte die Tat rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat und daß keine Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe sachlich rechtlicher Art ihm zur Seite stehen.[2] Wenn bei der Tatsachenfeststellung[3] unklar ist, ob die zur Verurteilung erforderliche Sicherheit erreicht worden ist, so hat das Gericht zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden.

Zwischen dem Merkmal der freien Überzeugung und dem Grundsatz in dubio pro reo besteht ein enger Zusammenhang.[4] Dies bedeutet allerdings nicht, daß das Merkmal der freien Überzeugung im Hinblick auf den Grundsatz, daß im Zweifel

---

1) Der Grundsatz ist im Gesetz nirgends ausdrücklich niedergelegt. Ob er sich mittelbar aus dem Schuldgrundsatz i. V. m. § 261 StPO ableiten läßt (so Kern-Roxin, § 15 D) oder ob er unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, weil dieses einen Eingriff in verfassungsrechtlich verbürgte Rechte nur erlaubt, wenn die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nachgewiesen ist (so Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 261 Anm. 6 a) kann offen bleiben. Vgl. zum Ganzen Stree, S. 7 - 8; Seibert, NJW 1955, S. 172; Peters (Lehrbuch) § 37 III; Henkel, § 91 III; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 A 7; Kleinknecht, § 261 Anm. 8

2) Vgl. Schäfer, a.a.O.; Henkel, § 91 III 1; Kern-Roxin, § 15 D I

3) Der Grundsatz in dubio pro reo gilt nur für die Sachverhaltsfeststellung, vgl. BGHSt 12, 116; Peters (Lehrbuch) § 37 III 1 a, a; A. Stree, S. 34

4) Vgl. Stree, S. 7-8; Kern-Roxin, § 15 D

für den Angeklagten zu entscheiden ist, nur im Sinne der h. M. verstanden werden kann. Nach h. M. muß der Richter jeden Zweifel überwunden und die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt haben. Sind Zweifel bestehen geblieben, so hat er zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden. Für den Grundsatz in dubio pro reo ist auch dann Raum, wenn zur Tatsachenfeststellung nicht die innere Gewißheit verlangt wird, es vielmehr ausreicht, wenn die Tat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt ist. Bestehen nämlich Zweifel, ob ein derartig hoher Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht ist, so hat der Richter ebenso wie unter Zugrundelegung des herkömmlichen Überzeugungsmodells zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden.

Bedenken gegen das hier vertretene Beweismodell könnten sich noch aus folgendem Grund ergeben. Die Zivilprozeßordnung und die Strafprozeßordnung verwenden den Begriff "freie Überzeugung" nicht nur in den §§ 286 ZPO, 261 StPO, sondern auch in anderen Vorschriften.[1] Entsprechend dem gleichen Wortlaut wird freie Überzeugung in allen diesen Bestimmungen als subjektives Fürwahrhalten ohne Zweifel angesehen. Dadurch wird eine einheitliche Interpretation gewährleistet. Das Wahrscheinlichkeitsmodell eignet sich möglicherweise nicht für sämtliche Vorschriften, in denen das Gesetz von freier Überzeugung spricht.[2] Dies ist indes nicht der Fall. In allen Vorschriften kann vom Richter nicht mehr verlangt werden, als daß er so entscheidet, wie an seiner Stelle ein verständiger Richter entschieden hätte.
Für § 287 ZPO erwiese sich das Wahrscheinlichkeitsmodell sogar dem herkömmlichen Überzeugungsmodell gegenüber als überlegen. Nach § 287 ZPO ist der Richter bei der Entscheidung der Frage, ob ein Schaden entstanden sei und

1) Vgl. §§ 287,448,452 ZPO
2) vgl. dazu unten S.170 ff

wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, freier als im Rahmen des § 286 ZPO gestellt. Er kann sich bei der Schadensschätzung mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad als in der Regel erforderlich zufriedengeben.[1] Dabei gibt es für § 287 ZPO keinen einheitlichen Beweismaßstab.[2] Die Beweisanforderungen sind vielmehr jeweils nach den Umständen verschieden zu beurteilen. Insbesondere wird durch das materielle Recht das zur Schätzung erforderliche Beweisquantum beeinflußt.[3] Aber auch das Gewicht der zu entscheidenden Sache ist, wie der Bundesgerichtshof erstmals offen ausgesprochen hat,[4] zu berücksichtigen. Trotz dieser Unterschiede wird vom Richter auch im Rahmen des § 287 ZPO stets eine echte Überzeugung verlangt.[5] Die Frage, wie es miteinander zu vereinbaren ist, daß der Richter sich einerseits mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsgraden zufriedengeben darf, andererseits aber die innere Gewißheit erlangt haben muß, stellt sich nicht, wenn der Richter sich mit einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung begnügen darf.
Die eben aufgezeigte Problematik besteht auch bei der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO. Auch hier werden die

---

1) Welcher Wahrscheinlichkeitsgrad zur Feststellung erreicht sein muß, wird unterschiedlich beantwortet. Nach BGH VersR 63, S. 67, ist eine "erhebliche Wahrscheinlichkeit" erforderlich. BGH VersR 60, S. 656, verlangt eine "überwiegende Wahrscheinlichkeit". Nach BGH JZ 1971, S. 228 (229) gibt es keinen einheitlichen Beweismaßstab. Es müsse aber jedenfalls eine "hinreichende Wahrscheinlichkeit" erreicht sein.

2) vgl. BGH JZ 1971, S. 228 (229) mit zustimmender Anmerkung von Klauser, a.a.O., S. 230, 231

3) vgl. Klauser, a.a.O.; ders., JZ 1968, S. 168 (170/171), vgl. auch Hainmüller (S. 146), der § 287 ZPO bereits als Rechtsfolgebestimmung ansieht.

4) vgl. BGH JZ 1971, S. 228 (229) im Anschluß an Klauser, JZ 1968 (170/171)

5) vgl. Werner, Diss. S. 60/61 m.w.N.
Nach Werner, a.a.O., S. 79, soll § 287 ZPO den Richter auf die oft schwierige Beweisbarkeit in Schadensersatzprozessen hinweisen und ihm zur Pflicht machen, sich schon bei weniger Überzeugungsgründen als bei § 286 ZPO zu einer Überzeugung durchzuringen. Dann kann aber nicht mehr von einem Fürwahrhalten ohne Zweifel gesprochen werden.

Anforderungen an das erforderliche Beweismaß im Hinblick auf das materielle Recht stellenweise modifiziert.[1] Dies zeigt sich insbesondere bei der noch zu behandelnden Rechtsprechung zum prima facie-Beweis.[2] Diesen Besonderheiten wird das hier vertretene Beweismodell, nach dem nicht in jedem Fall unterschiedslos die inn ere Gewißheit zur Tatsachenfeststellung erforderlich ist, eher gerecht als das herkömmliche Überzeugungsmodell.

Demnach bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen das hier vertretene Beweismodell. Die Frage, welchem Modell der Vorzug gebührt, ist danach zu entscheiden, durch welches Modell die bei der Tatsachenfeststellung auftretenden Schwierigkeiten am besten gelöst werden können. Ein solches Vorgehen ist deswegen gerechtfertigt, weil weder durch den Wortlaut noch durch die Entstehungsgeschichte die Bedeutung des Merkmals der freien Überzeugung eindeutig festgelegt worden ist.

---

1) vgl. Klauser, JZ 1968, S. 168 (170/171)
Auch die Klageart kann für die Anforderungen, die an den Wahrscheinlichkeitsgrad zu stellen sind, bedeutsam sein. Nach BGH ZZP 85. Bd., S. 245, darf bei einer Feststellungsklage, allen Schaden zu ersetzen, das Urteil ergehen, wenn der Eintritt eines Schadens nach der Erfahrung des Lebens nicht ausgeschlossen erscheint, vielmehr mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist. Über § 287 ZPO läßt sich dieser Satz nicht rechtfertigen, da es bei dem Urteil des Bundesgerichtshofs nicht um die haftungsausfüllende Kausalität, sondern um die nach § 286 ZPO zu beurteilende Feststellung des Haftungsgrundes ging. So richtig Schwab in der Anmerkung zu diesem Urteil, a.a.O.
Auch bei Grundurteilen reicht möglicherweise ein geringerer Wahrscheinlichkeitsgrad, vgl. BGH LM Nr. 27 zu § 304 ZPO; vgl. zum ganzen Schwab, a.a.O.;für den Verwaltungsprozeß,vgl.Bettermann 46.DJT Bd.II E 26 ff

2) Vgl. unten S. 117 ff

4. Kapitel

Die Bedeutung anderer Prozeßmaximen für den Grundsatz der freien Überzeugung

§ 10 VERHANDLUNGSGRUNDSATZ UND STRENGBEWEIS IM VERHÄLTNIS ZUR FREIEN BEWEISWÜRDIGUNG

Der Richter hat einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt festzustellen.[1] Ebenso wie der Historiker will er wissen, " wie es eigentlich gewesen ist".[2] Im Hinblick darauf ist die Stellung des Richters häufig mit der des Historikers verglichen worden.[3] Der Vergleich ist nur bedingt richtig.[4] Der Historiker kann sich sämtliche Erkenntnismittel zur Feststellung der historischen Wahrheit zunutze machen. Hingegen ist dem Richter genau vorgeschrieben, welchen Weg er bei der Tatsachenfeststellung einzuhalten hat.

---

1) Die folgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf den Strafprozeß, da dort die hier zu behandelnden Fragen besonders wichtig sind.

2) Vgl. Leopold von Ranke (zitiert nach Kohlrausch StPO, 24. Aufl. 1936, Vorbem. zu § 244 - 265 Anm. 2, S. 252) Für den Zivilprozeß ist der Satz nur richtig, wenn sich die Parteien über eine Tatsache streiten und eine Partei Beweiserhebung beantragt. In dem Fall forscht der Richter aber dem Grundsatz nach ebenso nach der Wahrheit wie im Strafprozeß. Es gibt keine verschiedenen Arten der Wahrheit im Zivil- und Strafprozeß. Vgl. Bernhardt, S. 1ff, (bes. S. 13-15) Vgl. Fezer, S. 18,

3) Vgl. Heinsheimer, S. 134; Mezger, S. 27; von Hippel s. 378, Engisch (Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken) 1936, S. 6; Spendel, JuS 64, S. 465 (466)

4) Vgl. Spendel a.a.O.; Eberhard Schmidt (LK II) 1957, Vorbem. § 244 Rdn. 9; Krause, S. 325

Im Zivilprozeß ist der Richter bei der Tatsachenfeststellung durch den Verhandlungsgrundsatz beschränkt. Danach ist den Parteien die Herrschaft über den Tatsachenstoff anvertraut.[1] Der Richter darf seinen Feststellungen nur Tatsachen zugrunde legen, die ordnungsgemäß (§ 128 III ZPO) von den Parteien vorgebracht worden sind.

Im Strafprozeß bestimmt der Richter hingegen selbst, welche Tatsachen für den Prozeß wichtig sind und inwieweit über sie Beweis zu erheben ist. Aber auch im Strafprozeß sind dem Richter bei der Tatsachenfeststellung Grenzen gesetzt. Bereits der Kreis der Beweismittel ist beschränkt. Insbesondere darf der Richter Wissen, das er aus eigener unmittelbarer Anschauung, beispielsweise des Unfallgeschehens oder des Verbrechens erlangt hat, nicht verwerten, da er nicht zugleich Zeuge und Richter sein kann.[2]

Ferner müssen die Beweise ordnungsgemäß erhoben worden sein. Anders als der Historiker darf der Richter nicht um jeden Preis die Wahrheit feststellen. Das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten hat in gewissen Fällen hinter übergeordneten Interessen zurückzutreten.[3] Über bestimmte Sachverhalte darf überhaupt kein Beweis erhoben werden. So sind die dem Beratungsgeheimnis gemäß §§ 43, 45 Abs. 3 Deutsches Richtergesetz unterliegenden Vorgänge in der Beratung dem Beweis entzogen. Ferner

---

1) Stein-Jonas Schumann-Leipold, 128 VI 1
2) Vgl. Stein (Privates Wissen), S. 2
3) Vgl. BGHSt 14, 358 (365)

darf über die Wahrheit einer ehrkränkenden Behauptung, wenn der Beleidigte vor der Behauptung wegen des Vorwurfs rechtskräftig freigesprochen worden war, gemäß § 190 StGB kein Beweis erhoben werden.[1]

Die Beweise dürfen auch nur in einer bestimmten Weise beschafft werden. Kein Organ der Strafrechtspflege darf sich beispielsweise zur Wahrheitsfeststellung der Narkoanalyse, des Lügendetektors oder der Non-stop-Vernehmung bedienen.[2] Schließlich ist es in gewissen Fällen verboten, ein bestimmtes Beweismittel zu benutzen, während die Aufklärung des Beweisthemas mit anderen Mitteln offensteht. So darf die Aussage eines Zeugen, der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO) als naher Angehöriger keinen Gebrauch gemacht hat, weil die Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht unterblieben war, nicht benutzt werden.[3]

Eine weitere Einschränkung erfährt die Wahrheitsermittlung durch das Mündlichkeitsprinzip.[4] Gemäß § 261 StPO schöpft das Gericht seine Überzeugung "aus dem Inbegriff der Verhandlung". Danach darf der Richter bei der Beweiswürdigung nur die Tatsachen berücksichtigen, die in die Hauptverhandlung

---

1) Dabei handelt es sich um sog. Beweisthemenverbote, vgl. dazu Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einleitung Kap. 12 II 1 b; Alsberg-Nüse, S. 90 - 106, einen Überblick über die Einteilung der Beweisverbote geben: Nüse, JR 66, 282; Peters (Gutachten) S. 106 - 113; Klug 46. DJT, Referat F 30 ff. (bes. S. 32); Petri, S. 19 Anm. 8

2) Dabei handelt es sich um sog. Beweismethodenverbote, vgl. dazu Anm. 1)

3) Dabei handelt es sich um ein Beweismittelverbot, vgl. Anm. 1)

4) Vgl. Eberhard Schmidt (Lehrkommentar) I (2) Rdz. 430 444 ff. dort auch zur Abgrenzung zwischen dem Mündlichkeits- und dem Unmittelbarkeitsprinzip.

prozeßordnungsgemäß eingeführt und zum Gegenstand der Erörterungen gemacht worden sind. Andere Tatsachen dürfen selbst dann nicht verwertet werden, wenn der Angeklagte mit ihrer Benutzung einverstanden ist.[1)]
Im Zivilprozeß darf das Gericht gemäß § 286 ZPO nur den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung würdigen.
Der Verhandlungsgrundsatz und das Strengbeweissystem behandeln die Frage, welche Tatsachen der Richter seinen Feststellungen zugrunde legen darf. In den §§ 286 ZPO und 261 StPO ist indes geregelt, wie die ordnungsgemäß festgestellten Tatsachen zu würdigen sind. Damit sind beide Maximen zeitlich in einer Weise hintereinander geschaltet, die theoretisch eine Kollision zwischen den unterschiedlichen Maximen ausschließt.[2)]
In der Praxis kommt es hingegen häufig vor, daß der Richter Tatsachen kennt, die er, da sie nicht prozeßordnungsgemäß gewonnen worden sind, bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigen darf. Der Richter hat z.B. im Zivilprozeß einem verspätet eingereichten Schriftsatz Tatsachen entnommen, die für die Entscheidung bedeutsam sind. Oder das Gericht hat anfangs das Zeugnisverweigerungsrecht zu Unrecht verneint, nach der Aussage jedoch seinen Irrtum berichtigt. Wenn sich der Zeuge nunmehr auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, so darf seine Aussage

---

1) Vgl. BGHSt 17, 112 (120)
2) Vgl. Arzt, S. 224 (Einheit)

nicht berücksichtigt werden.[1)]
Der Mangel ist prozessual dadurch behebbar, daß in den Urteilsgründen ausdrücklich niedergelegt wird, die Aussage sei bei der Beweiswürdigung unberücksichtigt

---

1) Vgl. ausführlich dazu Egbert Peters, ZZP 77. Bd. (1962) S. 444 (457); ders. ZZP 76 Bd. (1961) 160 ff.
Die Frage, ob die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts selbst frei gewürdigt werden kann, wird im Zivil- und Strafprozeß unterschiedlich beantwortet. Nachdem im Strafprozeß lange Zeit die Auffassung vertreten worden war, die Tatsache der Zeugnisverweigerung unterliege der freien Beweiswürdigung, da der Richter aus dem Inbegriff der Verhandlung seine Überzeugung zu schöpfen habe, (vgl. RGSt 55, 21; BGHSt 2, 351) hat der Bundesgerichtshof nunmehr das Ziehen von Schlüssen aus einer Zeugnisverweigerung für unzulässig erklärt. (BGHSt 22, 113)
Im Zivilprozeß, wo die Frage besonders für den Fall der Zeugnisverweigerung wegen für den Zeugen gefährlicher Fragen (Zeugnisverweigerung der Ehebruchszeugen) bedeutsam ist, vertritt die h.M. den Standpunkt, daß zwar die Zeugnisverweigerung allein nicht zur Tatsachenfeststellung ausreiche, aber als Indiz frei gewürdigt werden könne. (BGHZ 26, 391 (399) = FamRZ 1958, 169 mit zustimmender Anmerkung von Bosch; Stein-Jonas Schumann-Leipold, § 286 II 1 und 384 II 2; Baumbach-Lauterbach, § 384 Anm. 3 B; RG Warneyer Rspr. 1912 Nr. 229; RG HRR 33 Nr. 359; a.A. Blomeyer, § 78 III; Rosenberg-Schwab, § 119 III 2 d; Peters, ZZP 77, S. 447/448)
Ähnliche Probleme entstehen, wenn ein Zeuge den Angeklagten belastet und sich zur Stützung seiner Aussage auf eine Tonbandaufnahme beruft, die der Richter ohne Zustimmung des Angeklagten nicht verwerten darf. (Vgl. BGH, JZ 73, S. 504 mit Anm. Arzt) Wenn der Angeklagte dann die Zustimmung verweigert, wird der Richter schnell geneigt sein, daraus nachteilige Schlüsse zu ziehen. Dieselbe Frage stellt sich, wenn die Akteneinsicht verweigert wird. (Vgl. dazu Dünnebier in Löwe-Rosenberg, § 96 Anm. 5) In all diesen Fällen besteht die Gefahr, daß die Beweiserhebungsverbote über die freie Beweiswürdigung ausgehöhlt werden. (Vgl. dazu Arzt, S. 223 (230), der von einer"Vergiftung der Beweiswürdigung" spricht.)

geblieben.[1] Schwierig ist die Beweiswürdigung auch dann, wenn sich Beweismittel, die im Sinne des Strengbeweises nicht verwertbar sind, mit prozeßordnungsgemäß gewonnenen Beweismitteln verschachteln. Dieser Fall tritt beispielsweise ein, wenn ein tatsächlich nicht erreichbarer Zeuge dem Gericht etwas schriftlich mitteilt, das den Beklagten be- oder entlastet, und die schriftliche Erklärung durch einen Zeugen bestätigt oder bestritten wird.[2] Vom Richter wird in diesen Fällen verlangt, daß er bei der Beweiswürdigung das unverwertbare Wissen von dem auf prozeßordnungsmäßigem Wege erlangtem trennt.[3] Die Frage ist jedoch, ob das vom Richter psychisch geleistet werden kann. Der Richter kennt nun einmal Tatsachen, die er an sich nicht hätte erfahren dürfen. Will er ordnungsgemäß vorgehen, so kann er sich nur darauf beschränken zu prüfen, wie ein sorgfältiger Richter, der keine Kenntnis von den nicht verwertbaren Tatsachen erlangt hat, entschieden hätte. Gefühlsmäßig wird er allerdings häufig geneigt sein, die an sich nicht verwertbare

---

1) Vgl. RGSt 29, 351; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, § 52 Anm. 6 c
2) Dazu Arzt, S. 224-230 (Einheit)
3) Vgl. RGSt 72, 268 (273), wo das Reichsgericht ausführt: "in all diesen Fällen muß sich der Richter von Einflüssen, die tatsächlich auf ihn gewirkt haben, frei machen, und es wird das Vertrauen in ihn gesetzt, daß er sich freizumachen weiß."
Das ist, worauf Arzt (Einheit) S. 231 zutreffend hinweist, die Logik, nach der nicht sein kann, was nicht sein darf.
Vgl. zu der Frage auch Beling, S. 31

Tatsache als richtig anzusehen.[1] Dem leistet ein Überzeugungsmodell, nach dem es sich bei der Überzeugungsbildung um einen emotional geprägten Gesamtpersönlichkeitsakt handelt, nach dem ferner Überzeugung die aufgrund des Totaleindrucks gewonnene innere Gewißheit, den Glauben an die Richtigkeit der Tatsache voraussetzt, Vorschub.

---

1) Vgl.Egbert Peters, ZZP 77, S. 457
Daß der Richter in diesen Fällen psychisch überfordert ist, wird auch von Arzt (Einheit), bes. S. 231 betont. Deshalb beruht nach Auffassung von Arzt die Vorstellung, durch mehr Beweiserhebungsverbote könne das Verfahren rechtstaatlicher gestaltet werden, auf einer Illusion, da dann das Spannungsverhältnis zwischen Strengbeweis und freier Beweiswürdigung noch verschärft werde.
Um eine Aushöhlung der Beweisverbote durch die Beweiswürdigung zu verhindern, wird zum Teil auf die Richterablehnung als Ausweg verwiesen (so Grünwald, JZ 66, 489 ff (501), z.T. wird vorgeschlagen, bei besonders schwerwiegenden Verstößen gegen Beweiserhebungsverbote das Verfahren durch Prozeßurteil gemäß § 260 Abs. 3 StPO einzustellen. (Vgl. Peters (Gutachten) S. 161, für den Fall des Verstoßes gegen § 136 a StPO.)

§ 11 WAHRHEITSERFORSCHUNGSPFLICHT UND FREIE ÜBERZEUGUNG

Ein Spannungsverhältnis besteht auch zwischen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und der aus §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO resultierenden Pflicht zur umfassenden Wahrheitserforschung. Der den Strafprozeß beherrschende Grundsatz der materiellen Wahrheit verpflichtet den Richter, den Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäß aufzuklären. Diese Pflicht kann in zweifacher Weise verletzt werden.[1] Die richterliche Aufklärungspflicht ist dann nicht erfüllt, wenn der Richter den Sachverhalt ungeklärt läßt, obwohl weitere Beweismittel vorliegen, die eine weitere Aufklärung versprechen.[2] Zum anderen ist gegen das Gebot, den Sachverhalt umfassend aufzuklären, dann verstoßen, wenn der Richter zwar eine Überzeugung gewonnen hat, dabei aber Beweismittel beiseite gelassen hat, deren Benutzung möglicherweise zu einer anderen Tatsachenfeststellung geführt hätte. In beiden Fällen wird die Tatsachenfeststellung vom Revisionsgericht dann beanstandet, wenn der dem Tatrichter bekannte oder erkennbare Sachverhalte zur Benutzung

---

1) Vgl. Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. III 1; Alsberg-Nüse, S. 14; Wessels, JuS 69, S. 1 (S.6-8); Sarstedt (Revision), S. 119 ff.

2) So bereits das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, vgl. RG (St) Rechtsprechung 10, S. 420; RG (St) LZ 1915, S. 556, RG (St) JW 1929, S. 859 Nr. 18; RGSt 47, S. 424

weiterer Beweismittel drängte oder diese zumindest nahelegte.[1)]

Daß das Wahrheitsprinzip den Grundsatz der freien Beweiswürdigung beeinflußt, zeigt sich insbesondere im zweiten Fall. Der Richter hat dort die volle Überzeugung von der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen gewonnen. Damit ist dem Grundsatz des § 261 StPO Rechnung getragen. Dennoch wird der Richter, falls er sich aufdrängende, naheliegende Beweismittel unbenutzt gelassen hat, vom Richter angewiesen, den Sachverhalt weiter aufzuklären.

---

1) Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. Anm. 1; BGHST 2, 168; 3, 169; 13, 326; 16, 389; 17, 351; OLG Oldenburg, JBOld 1947, S. 51,
Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. III 1;
Die Formulierung wird in sämtlichen Verfahrensordnungen mit Untersuchungsmaxime verwandt, vgl. dazu Kollhosser (Zur Stellung) S. 119; 126; besonders 128 mit Nachweisen in Fn. 59;
Wie die Formulierung von den sich "aufdrängenden, naheliegenden Umständen" zu verstehen ist, ist im einzelnen umstritten. Nach h.M. soll damit nicht gesagt werden, daß es sich um Beweismöglichkeiten handeln muß, die evident sind. Vielmehr komme der Formel nur eine Klarstellungsfunktion zu. Mit ihr solle dem Richter die Verpflichtung vor Augen geführt werden, jeden nicht gänzlich fernliegende Erkenntnisquelle zu nutzen. Zu dem Ergebnis kommt insbesondere Wessels nach einer Analyse der Rechtsprechung in JuS 69, S. 1 (S. 6 - 8) m.w.N. in Fn. 57
Nach Gutmann (JuS 62, 369 ff. bes. 373/374) müssen die Umstände hingegen evident sein.
Auch H. Mayer, S. 472, hält ein Einschreiten nur bei groben Fehlern des Tatrichters für zulässig.

Der Konflikt, der durch das Zusammentreffen beider Maximen ausgelöst wird, ist vom Reichsgericht lange Zeit hindurch zu Gunsten des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung entschieden worden. Wenn der Richter die Überzeugung von der Richtigkeit einer Tatsache gewonnen hatte, so konnte die Aufklärungsrüge nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, das Gericht habe den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt.[1] Begründet wurde diese Auffassung mit der Überlegung, daß schon rein begrifflich für das Gericht kein Anlaß bestehen könne, den Sachverhalt näher aufzuklären, wenn es bereits die volle Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gewonnen habe.[2] Mit dem in den Jahren 1932 - 1939 erfolgten Abbau der Beweisantragsrechte des Angeklagten verstärkte das Reichsgericht die Anforderungen an eine umfassende Sachverhaltsaufklärung.[3] Seit dieser Zeit dient die weitgefaßte Formel von den sich aufdrängenden und naheliegenden Umständen der Revision dazu, korrigierend in die Beweiswürdigung des Tatrichters einzugreifen. Die bloße Überzeugung des Richters genügt in diesen Fällen nicht.
Dabei braucht der Umstand, daß sich der Richter mit den sich aufdrängenden und naheliegenden Umständen nicht auseinandergesetzt hat, nicht notwendigerweise

---

1) Vgl. Alsberg-Nüse. S. 14
2) So besonders Schneidewin in (Lobe, 50 Jahre Reichsgericht) 1929, S. 331; ähnlich heute noch Gutmann, JuS 62. S. 369 (373/374).
3) Einzelheiten bei Sarstedt (Revision) S. 166; vgl. auch Alsberg-Nüse, S. 2 u. 14 m.N. in Anm. 18; vgl. Wessels S. 1-2;
Das erste Urteil, in dem die Tatsachenfeststellung auf die Aufklärungsrüge hin beanstandet wird, obwohl der Richter die volle Überzeugung gewonnen hatte, ist RG JW 1928, S. 1506 m. Anm. Alsberg und Oetker, JW 1930, S. 1106

darauf zu beruhen, daß er sie übersehen hat. Möglich ist auch, daß er sie in seine Überlegungen mit einbezogen hat, aber nach reiflicher Überlegung aufgrund seiner Überzeugung für so unbedeutend gehalten hat, daß er von einer Auseinandersetzung mit ihnen abgesehen hat. Will der Richter verhindern, daß seine Tatsachenfeststellung beanstandet wird, so muß er sich mit diesen Umständen, mag er sie persönlich auch für völlig unerheblich halten, in den Gründen näher auseinandersetzen. Dies führt zu einer Objektivierung der Beweiswürdigung. Der Richter darf sich nicht voreilig auf seinen Gesamteindruck verlassen. Mit der Formel von den sich aufdrängenden Umständen wird ihm eindringlich vor Augen geführt, daß er, bevor er zur endgültigen Beweiswürdigung kommen kann, verpflichtet ist, sämtliche Beweismittel zu nutzen, die erfahrungsgemäß die weitere Aufklärung des Sachverhalts ermöglichen. Damit ist auch hier nicht die persönliche Überzeugung des Tatrichters, sondern die Sicht eines verständigen erfahrenen Richters maßgeblich.

5. Kapitel

Die Grenzen der freien Beweiswürdigung

§ 12 DER RICHTIG VERSTANDENE BEGRIFF DER ÜBERZEUGUNG

Der Richter erfüllt mit der Tatsachenfeststellung eine Aufgabe des praktischen Lebens. Dieser kann er sich nicht dadurch entziehen, daß er sich auf den Standpunkt stellt, eine Tatsachenfeststellung sei nicht möglich, da den Menschen die Erkenntnis der Wahrheit ohnehin verschlossen sei. Der Richter darf, da er einen historischen Sachverhalt, in dessen Mittelpunkt häufig menschliches Handeln steht, festzustellen hat, Überzeugung auch nicht mit einer mathematischen, jede Möglichkeit des Gegenteils ausschließenden Gewißheit gleichsetzen. Die Rechtsprechung hat sich von Anfang an gegen eine Überspannung der Beweisanforderungen gewandt. In der Rechtsprechung in Zivilsachen ist die Formel entwickelt worden, daß der Richter zwar jeden realen Zweifel überwunden haben müsse, sei ihm dies aber gelungen und stelle sich trotzdem bei ihm nicht die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache ein, so sei der Richter zur Tatsachenfeststellung verpflichtet.[1] Auf bloße theoretische Zweifel könne er sich nicht berufen. In Strafsachen hat die Revision die in den Urteilen der Tatsacheninstanz häufig anzutreffende Formulierung, dem Angeklagten könne nicht "mit letzter Sicherheit nachgewiesen werden, daß er die Tat begangen habe", zum Anlaß genommen, die Beweiswürdigung wegen Verkennung

---

1) RGZ 15, 337 (338); 102, 316 ff.; 162, 223 (229) BGHZ 7, 120.

des Überzeugungsbegriffs zu beanstanden.[1] In Zivil- wie in Strafsachen darf und muß der Richter demnach Tatsachen feststellen, wenn vernünftige Zweifel an ihrer Richtigkeit nicht mehr bestehen.[2]
Die Rechtsprechung würfe keine Probleme auf, wenn sie sich darauf beschränkt hätte, die Beweiswürdigung dann zu korrigieren, wenn der Richter den Begriff der Überzeugung in dem eben dargelegten Sinne verkannt hat. Nun ist es bereits erfahrungsgemäß höchst unwahrscheinlich, daß ein Richter bei der Tatsachenfeststellung den Faust'schen Standpunkt einnimmt, er sehe, daß er nichts wissen könne und im Hinblick darauf die Tatsachenfeststellung ablehnt. Auch wird es kaum vorkommen, daß der Richter, der ja genau weiß, daß er einen historischen Sachverhalt aufzuklären hat, zur Feststellung eine Sicherheit im mathematischen Sinne verlangt. In den von der Revisionsinstanz beanstandeten Entscheidungen finden sich denn auch kaum Hinweise darauf, daß die Tatsacheninstanz von einem falschen Verständnis der richterlichen Überzeugung ausgegangen ist.[3] Im Gegenteil deuten die Entscheidungen darauf hin, daß der Tatrichter gerade deswegen nicht zur Feststellung gekommen ist, weil er das

---

1) Vgl. RGSt 15, 153; 51, 127; 61, 206; 66, 164
BGH NJW 1951, S. 83, 123; 1967, 360
BGH GA 1969, 181; OLG Zweibrücken, JR 1964, S. 349
zum ganzen Bohne, NJW 53, 1377.
Im Strafprozeß spielt die Verkennung des Überzeugungsbegriffs eine besondere Rolle, da dort die Revision den Tatrichter nicht über die Grundsätze des prima-facie-Beweises zur Feststellung zwingen kann.
Vgl. dazu unten S.117 ff
2) Vgl. dazu Mayer in Löwe-Rosenberg, § 337 Anm. V 2 d; Stein-Jonas Schumann-Leipod, § 286 I 1.
3) Einzelheiten bei Zeiler in LZ Bd. 27, S. 272 ff.; Niese, GA 1954, S. 148 ff. Hartung, SJZ 19 48, S.579 (582)

Postulat der h.M., nach der Überzeugung die Erlangung der inneren Gewißheit voraussetzt, erfüllen wollte. Der Richter hat beispielsweise trotz gravierender Verdachtsmomente die innere Gewißheit nicht erlangen können, weil er im Hinblick auf das straffreie Vorleben des Angeklagten, ferner aufgrund des persönlichen Eindrucks, den der Angeklagte in der Hauptverhandlung gemacht hat, Umstände, die bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind, die Tat dem Angeklagten einfach nicht zutraut. Wenn in diesen Fällen der Richter von der Revisionsinstanz belehrt wird, er dürfe nicht dann noch Zweifel hegen, wo jeder verständige Mensch die Tatsachen als festgestellt ansähe, so durchbricht die h.M. ihren eigenen Grundsatz, nach dem maßgeblich ist, daß gerade der urteilende Richter von der Richtigkeit der Tatsache persönlich überzeugt ist. Auch hier findet sich wieder der Hinweis auf den vernünftigen, verständigen Richter.

§ 13 DIE BINDUNG DES RICHTERS AN DIE DENKGESETZE

I. Der Richter kann einen Sachverhalt regelmäßig nur dadurch feststellen, daß er von der einen Tatsache auf die für den gesetzlichen Tatbestand erhebliche Tatsache schließt. Dabei kann er gegen die Gesetze der Logik verstoßen. Unter diesen sind nur die allgemein anerkannten Regeln, welche die formale Logik für die Bildung von Schlüssen entwickelte, zu verstehen.[1] Logische Fehler können in vielfältiger Form vorkommen. Eine abschließende Aufzählung logikwidriger Schlüsse ist nicht möglich.[2] Unterläuft

---

1) Vgl. Bierling (Juristische Prinzipienlehre) Bd. IV, 1911, S. 82 - 83

2) Die in der Praxis wichtigsten Fälle werden von Klug (Denkgesetze) S. 367 - 384 aufgeführt.

dem Richter bei den einzelnen Schlüssen innerhalb der Tatsachenfeststellung ein logischer Fehler, etwa ein Zirkelschluß, hat er aber trotz des Denkverstoßes die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt, so erhebt sich die Frage, ob die Entscheidung, falls sie überhaupt der Revision unterliegt, aufgehoben werden muß oder ob es bei ihr im Hinblick darauf, daß der Richter die Tatsache nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, bleiben kann.

Ein die Revision gemäß § 549 ZPO, § 337 StPO begründender Gesetzesverstoß liegt dann vor, wenn die Denkgesetze selbst Rechtsnormen sind. In diesem Fall ist eine Kollision mit dem nur die Tatsachenfeststellung beherrschenden Prinzip der freien Beweiswürdigung von vornherein ausgeschlossen. Die Rechtsprechung hat, ersichtlich um der Verlegenheit zu entrinnen, bei denkfehlerhafter Beweiswürdigung die für die Revision verlangte Rechtsverletzung begründen zu müssen, in der Tat die Denkgesetze als Normen des ungeschriebenen Rechts qualifiziert.[1] Eine Begründung dafür hat sie nicht gegeben. Sie ließe sich auch schwerlich finden.[2]

---

1) Vgl. RG bei Bolze 5, 1260; 8, 934; 15, 652.
Der Ausdruck Denkgesetze wird zum erstenmal in RGZ 131, 150 verwandt. Vgl. ferner RGZ 112, 60, 148, 254; vgl. RGSt 41, 79; 45, 139; 61, 154; OGHSt 1, 70; BGHSt 6, 70 (72) = LM Nr. 17 zu § 261 StPO m. Anm. Kohlhas. Die Entscheidung ist in doppelter Hinsicht fehlerhaft: Es war kein Denkgesetz, sondern ein Erfahrungsgrundsatz nicht beachtet worden. Außerdem wird dieses vermeintliche Denkgesetz als Rechtsnorm qualifiziert; vgl. dazu Henke, § 4 IV 1 d. In der Literatur werden Denkgesetze als Rechtsnorm angesehen von Heinsheimer, S. 135; Schwinge (Grundlagen) S. 157, der aber auf S. 196 den Begriff für entbehrlich hält. Vgl. Schuler, NJW 61, S. 4;
Die Streitfrage, ob bei einer denkgesetzwidrigen Beweiswürdigung ein Verfahrensverstoß oder ein Verstoß gegen materielles Recht vorliegt, kann hier offen bleiben; vgl. dazu Klug (Denkgesetze) S. 365-367 mit zahlreichen Nachweisen; Kuchinke (Grenzen) S. 209.

2) Zum folgenden Klug, a.a.O., S. 364-376

Logische Gesetze geben nur allgemeine Strukturen des Denkens wieder. Diese Strukturen gelten für alle Behauptungen, seien sie rechtlicher oder außerrechtlicher Art. Das logische Gesetz, daß dann, wenn die Behauptung A die Behauptung B impliziert und B die Behauptung C impliziert, die Behauptung C von A impliziert wird, hat für sämtliche Bereiche Gültigkeit.[1] Ebensowenig wie diese Regel, im medizinischen Bereich angewandt, zu einer Sache der Medizin wird, wird sie, vom Richter gebraucht, zu einer Rechtsnorm.[2] Ihnen fehlt das Rechtsnormen kennzeichnende Merkmal. Sie wenden sich nicht an Menschen und verlangen von diesen Beachtung. Denkgesetze kann man erkennen und beachten, es ist aber nicht möglich, ihnen ähnlich einer Rechtsnorm zuwider zu handeln.[3]

Können somit die Denkgesetze selbst nicht als Rechtsnormen angesehen werden, so erhebt sich die Frage, ob nicht das Gesetz den Richter für verpflichtet erachtet, die Denkgesetze bei der Tatsachenfeststellung zu beachten. Weder die ZPO noch die StPO enthalten eine ausdrückliche Anweisung in diesem Sinne. Dennoch ist der Richter nach einhelliger Meinung an die Gesetze der Logik gebunden.[4] Die Begründung dafür ist allerdings unterschiedlich. Teilweise wird aus den §§ 286 ZPO, 261 StPO selbst eine Verpflichtung zur Beachtung der Denkgesetze hergeleitet.[5] Zur Begründung wird auf die Bedeutung hingewiesen, die das Wort "Überzeugung" im allgemeinen Sprachgebrauch habe. Nach dem Sprachgebrauch stehe der Begriff "Überzeugung" in zweifachem

---

1) Beispiel von Klug (Denkgesetze), S. 364 - 376
2) Klug a.a.O., S. 372; Pagendarm, S. 11
3) vgl. Sarstedt (Beweisregeln), S. 179
4) vgl. Klug a.a.O., S. 364, BGHSt 6, 70 (72) ff., Geerds, S. 269, 270, 272 m.w.N. in Anm. 33. Einschränkend Pagendarm, S. 36
5) Zu folgendem Heinsheimer, S. 135, vgl. auch Wimmer, DRZ 1950, S. 391 (394)

Gegensatz zum bloßen Meinen und Glauben. Einmal sei sich der Überzeugte hinsichtlich der Wahrheit der Tatsache gewisser als derjenige, der bloß meint oder glaubt, daß eine Tatsache wahr sei. Zum anderen beinhalte die Überzeugung, daß sie besser begründet werden könne als das bloße Meinen und Glauben. Daraus wird gefolgert, daß bei der Tatsachenfeststellung zwischen der Ausgangstatsache und dem durch Schlußfolgerung gewonnenen Ergebnis ein logisches Verhältnis bestehen müsse. Fehle es, so könne die innere Einstellung des Richters nicht als Überzeugung, sondern nur als rechtlich nicht genügendes bloßes Meinen bezeichnet werden.[1)]

Diese Auffassung schätzt den bloßen Wortlaut zu hoch ein. Zunächst ist schon zweifelhaft, ob der allgemeine Sprachgebrauch wirklich den Begriff "Überzeugung" in dem eben beschriebenen Sinne versteht. Die bereits oben angeführten Definitionen der "Überzeugung" lassen das Gegenteil vermuten. Nach ihnen liegt das Schwergewicht darauf, daß der Urteilende die innere Gewißheit von der Richtigkeit einer Tatsache gewonnen hat. Auf welchem Weg er zu dem Ergebnis gelangt ist, dazu besagt das Wort wenig. Auch übersieht diese Auffassung, daß die Formulierung "nach freier Überzeugung" dem im französischen Schwurgerichtsprozeß gebräuchlichen Terminus "conviction intime" nachgebildet worden ist. Die "conviction intime" verlangte aber lediglich, daß die Geschworenen die innere Gewißheit von der Richtigkeit einer Tatsache gewonnen hatten. Warum und auf welchem Weg sie zu dem Beweisergebnis gelangt waren, war unerheblich.

---

1) Daraus zieht Heinsheimer aber den unzutreffenden Schluß, die Denkgesetze würden selbst Rechtsregeln. Heinsheimer, S. 135

Nach anderer Auffassung ist bei der Frage, woraus sich die Bindung an die Denkgesetze ergibt, wesentlich auf ihre Funktion abzustellen. Der Richter habe nicht nur bei der Tatsachenfeststellung, sondern auch bei der rechtlichen Würdigung die Gesetze des Denkens zu beachten. Diese allgemeine Verpflichtung sei so selbstverständlich, daß das Gesetz sie nirgends ausdrücklich ausspreche. Mittelbar ließe sich allerdings eine Pflicht aus §§ 550 ZPO und 337 Abs. 2 StPO entnehmen. In diesen Vorschriften definiert das Gesetz den Begriff der Gesetzverletzung dahin, das Gesetz sei dann verletzt, wenn es nicht oder nicht richtig angewandt werde. Zur richtigen Rechtsanwendung gehöre aber bei der Tatsachenfeststellung wie bei der rechtlichen Beurteilung die Beachtung der Denkgesetze. Demnach seien bei einer Beweiswürdigung, die logische Fehler aufweist, nicht die §§ 286 ZPO und 261 StPO selbst verletzt, verletzt sei vielmehr die für sämtliche Vorschriften bestehende "Gebrauchsanweisungsregel", logisch korrekt zu argumentieren.[1)]

Ob diese Auffassung für die rechtliche Würdigung zutrifft, kann offen bleiben. Sie gerät jedenfalls in Schwierigkeiten mit dem in herkömmlicherweise verstandenen Begriff der Überzeugung. Der Richter kann, auch wenn ihm bei der Beweiswürdigung ein Verstoß gegen die Denkgesetze unterlaufen ist, durchaus die subjektive Gewißheit erlangt haben. Der Verweis auf die §§ 550 ZPO und 337 Abs. 2 StPO, nach denen der Richter verpflichtet ist, das Recht richtig anzuwenden, besagt noch nicht, daß der Richter bei der Tatsachenfeststellung sich nicht mit der Erlangung seiner subjektiven Gewißheit zufrieden geben darf.

---

1) Vgl. Klug (Denkgesetze) S. 365. Aus §§ 551 Nr. 7 ZPO und 338 Nr. 8 StPO läßt sich eine Verpflichtung zur Beachtung der Denkgesetze nicht herleiten. Danach besteht ein absoluter Revisionsgrund, wenn die Entscheidungsgründe fehlen. Es reicht nicht, wenn die Entscheidungsgründe, wie etwa bei einem Verstoß gegen Denkgesetze, Fehler aufweisen. Vgl. RGZ 109, 203; BGHZ 39, 333; RGSt 40, 184; RGSt 43, 297 (298); Meyer in Löwe-Rosenberg, § 338 Anm. 15

Meines Erachtens ergibt sich die Verpflichtung zur Beachtung der Denkgesetze unmittelbar aus dem Sinn und Zweck der §§ 286 ZPO, 261 StPO.[1] Wie bereits ausgeführt, sollte durch das neue Beweisprinzip lediglich die Wahrheitsfindung verbessert werden. Der Richter kann die Wahrheit einer Tatsache nur dann feststellen, wenn er logisch korrekte Schlüsse zieht. Hält er beispielsweise nur einen einzigen Schluß für möglich, obwohl denkgesetzlich durchaus unterschiedliche Schlüsse in Betracht kommen, so wird er seiner ihm durch das neue Beweissystem anvertrauten Aufgabe nicht gerecht. Daß der Gesetzgeber nur das Ziel verfolgte, die Wahrheitsfindung zu verbessern, wird allerdings durch die Formulierung, daß der Richter nach freier Überzeugung zu entscheiden habe, mißverständlich ausgedrückt. Die Formulierung erweckt den Anschein, als sei dem Richter die Freiheit um seiner selbst willen eingeräumt worden. Zur Verdunkelung des mit dem neuen Beweisprinzip verfolgten Zwecks hat auch beigetragen, daß freie Überzeugung mit der conviction intime gleichgesetzt wurde. Es wurde nicht hinreichend beachtet, daß gerade die Wissenschaftler, die maßgeblich zum Durchbruch des neuen Beweissystems beigetragen haben, sich entschieden gegen diese Gleichsetzung gewandt hatten.[2] Die Fehlinterpretation der "freien Überzeugung" ist ferner durch die - psychologisch verständliche - Neigung gefördert worden, nach Beseitigung der Jahrhunderte lang bestehenden Bindung bei der Tatsachenfeststellung nun die absolute Freiheit des Richters herauszustellen. Darüber ist der Zweck, der mit der Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung verfolgt wurde, in den Hintergrund getreten. Nicht daß der Richter aufgrund eines dunklen, rational nicht nachvollziehbaren Gefühlsprozesses die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt hatte, sollte

---

1) So im Ergebnis aus Blomeyer (Lehrbuch) § 104 III 3 c und (Gutachten) S. 27, Rosenberg-Schwab, § 144 I 3

2) Vgl. oben S. 38 ff.

demnach entscheidend sein. Maßgeblich war vielmehr, daß sich der Richter aller Hilfsmittel zur sachgemäßen Rekonstruktion des Sachverhalts bediente. Dazu gehören unzweifelhaft auch die Denkgesetze.

§ 14 DIE BINDUNG DES RICHTERS AN DIE WISSENSCHAFTLICHEN ERKENNTNISSE

I. Das rasche Anwachsen wissenschaftlicher Erkenntnisse, besonders auf naturwissenschaftlichem Gebiet, war einer der Gründe für die Aufgabe der formellen Beweistheorie. Der Gesetzgeber hatte erkannt, daß es schlechterdings unmöglich war, den Beweiswert der neuen Erkenntnisse im Rahmen der Tatsachenfeststellung in einer Weise bindend festzulegen, daß möglichst nur wahre Tatsachen der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt wurden. Im Vertrauen auf das " Ansehen und die gute Ausbildung der Richter" übertrug der Gesetzgeber die bislang weitgehend von ihm wahrgenommene Aufgabe der Tatsachenfeststellung auf diese.[1] Wie der Hinweis auf die gute Ausbildung zeigt, hielt er die Richter für befähigt, die Tatsachen eigenverantwortlich festzustellen.[2] Fehlte dem Richter die zur Beurteilung des Tatsachenmaterials erforderliche Sachkunde, so hatte er die Möglichkeit, auf die Hilfe eines Sachverständigen zurückzugreifen. Dessen Aufgabe erschöpft sich nach der Konzeption des Gesetzgebers darin, dem Richter die erforderliche Sachkunde zu vermitteln.[3] Die Beurteilung des Beweiswerts ist allein Sache des Richters. Letzte Instanz für die Tatsachenfeststellung ist auch in den Fällen, in denen ein Sachverständiger zu Rate gezogen worden ist, die freie Überzeugung des Richters.[4] Dieser muß, wenn man mit der h. M. Überzeugung

---

1) Vgl. Motive (Hahn) S. 275
2) Müller, 46. DJT II E 88/89; Esser (Freiheit) S. 66
3) Das Prinzip der Richtergehilfenschaft war für den Sachverständigenbeweis maßgeblich, vgl. Motive (Hahn) S. 316 ff; vgl. auch Pieper, ZZP 84. Bd. (1971) S. 5
4) Allerdings waren während der Beratungen Bedenken laut geworden, ob das Prinzip der freien Beweiswürdigung auch für den Fall des Sachverständigenbeweises gelten sollte. Vgl. dazu Motive (Hahn) S. 275 f, u. 642 f, auch Pieper, ZZP 84. Bad. (1971) S. 24.

als subjektives Fürwahrhalten interpretiert, die Tatsachen als richtig ansehen. Dabei ging der Gesetzgeber ersichtlich davon aus, der Richter werde in der Lage sein, sich nach Vermittlung des erforderlichen Wissensstoffes ein eigenständiges, sachkundiges Urteil zu bilden. Diese Erwartungen haben sich in vielen Fällen nicht erfüllt. Die rasch fortschreitende Entwicklung und die damit einhergehende Spezialisierung, insbesondere auf technischem und naturwissenschaftlichem Gebiet, haben häufig dazu geführt, daß der Richter nicht mehr in der Lage ist, das Gutachten des Sachverständigen eigenständig auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen.

Dies zeigt sich besonders kraß bei Gutachten zu chemisch-physikalischen Fragen.[1] Deren Beurteilung verlangt häufig selbst zumindest ein Grundstudium auf diesem Gebiet. Da der Richter über diese Grundkenntnisse nicht verfügen kann, ist er häufig nicht einmal fähig, den Gedankengang des Sachverständigen nachzuvollziehen, geschweige denn kritisch zu würdigen. Er ist bestenfalls in der Lage, etwa bestehende grobe Widersprüche aufzudecken. Die Rechtsprechung betont zwar stets, der Richter dürfe nicht unbesehen das Gutachten übernehmen.[2] Speziell bei der Beurteilung chemisch-technischer Fragen hat aber auch die Rechtsprechung anerkannt, daß der Richter die Ergebnisse des Gutachters selbst dann übernehmen müsse, wenn er nicht in der Lage sei, die sachliche Richtigkeit des Gutachtens zu überprüfen.[3] Dem Richter bleibt in diesen Fällen nichts anderes übrig, als im Vertrauen etwa auf das hohe Ansehen, das der Sachverständige in Fachkreisen genießt, dessen Urteil zu folgen.

---

1) Vgl. BGH LM Nr. 15 zu § 286 (B) ZPO; vgl. auch BGH LM Nr. 16 zu § 286 (B) ZPO

2) Zivilsachen: RGZ 162, 223 (227 f); BGHZ 12, 41 (46-47); BGH LM Nr. 2 zu § 286 (B) ZPO; BGH NJW 73, 1411 (1412). Strafsachen: RG HRR 1940 Nr. 1369; BGHSt 3, 174; 7, 238; 8, 118 ff

3) Vgl. BGH LM Nr. 15 zu § 286 (B) ZPO; vgl. dazu auch Pieper ZZP 84 (1971) S. 28

Ähnlich verhält es sich bei der Beurteilung von Gutachten auf medizinischem Gebiet.[1] Dem Richter fehlt das Spezialwissen, um feststellen zu können, ob beispielsweise die Methoden zur Vaterschaftsfeststellung oder Erkenntnisse auf dem Gebiet der Gynäkologie oder Psychiatrie zutreffend sind. Er muß die entweder allgemein oder doch zumindest von den maßgebenden Fachkreisen als richtig zugrunde gelegten medizinischen und naturwissenschaftlichen Erkenntnisse übernehmen.[2] Dies gilt selbst dann, wenn, wie etwa bei der Vaterschaftsfeststellung, die Wissenschaft selbst nur zu einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung kommt.[3] Will der Richter die Erkenntnisse nicht übernehmen, weil sie nach seiner persönlichen Überzeugung nicht hinreichend gesichert sind, so muß er in den Gründen den Nachweis erbringen, daß er über ausreichende eigene Sachkunde verfügt.[4]

---

1) Zur Bedeutung medizinischen Begutachtung vgl. BGH NJW 1973, 1924 (1925)

2) BGHZ 2, 6 ff; BGHZ 12, 22 (25, 37); BGH FamRZ 1966, S. 447; OLG Köln NJW 66, 405; BGHSt 5, 36; 6, 72; 10, 211; 21, 157 (159); 24, 200 (203); BGH NJW 1974 S. 246; vgl. ferner Müller, S. 352; Kuchinke (Grenzen) S. 179-181, insbes. zur Frage, wann eine Erkenntnis hinreichend gesichert ist. Vgl. Kaufmann JZ 71, 573 (575); Eb. Schmidt, JZ 70, 337 (338).
Hat sich hingegen in der wissenschaftlichen Disziplin noch keine Auffassung durchsetzen können, so kann der Richter nach gewissenhafter Prüfung selbst entscheiden, welcher Meinung der Vorzug zu geben ist. (Vgl. BGHZ 12, 22 (25); BGH NJW 1973, 1411 (1412).

3) Vgl. BGH NJW 193, 1924 (1926), wo für die Vaterschaftsfeststellung folgende Unterscheidung gemacht wird: Bei 99,8 % sei die Vaterschaft praktisch bewiesen, bei 99,o % sie sie höchst wahrscheinlich, zu 95 % bis 98 % sehr wahrscheinlich, um 90 % bis 94 % wahrscheinlich und darunter unentschieden.
Vgl. dazu auch Leipold, FamRZ 1973, 65 (72-75, besonders S. 73) und Ankermann, NJW 1974, S. 584 (585/586); Oepen,NJW 1970, S. 499 ff.

4) RGZ 1967, 269 (272); BGH LM Nr. 1 zu § 286 (E) ZPO

Das wird ihm auf naturwissenschaftlichem und medizinischem Gebiet nahezu nie gelingen. In der Praxis weichen dann auch die Gerichte fast nie von den Gutachten der medizinischen Sachverständigen ab. Versuchen sie es, so werden die Urteile zumeist von der Revision mit der Begründung aufgehoben, der Richter dürfe sich nicht über die Erkenntnisse der Wissenschaft hinwegsetzen.[1] In diesen Fällen wird dem Tatsachenrichter ebenfalls unmißverständlich gesagt, daß es nicht auf seine ureigene, höchstpersönliche Einstellung, also auf seine eigene Überzeugung ankommt, sondern allein die Auffassung der zur Entscheidung dieser Frage kompetenten Kreise maßgeblich ist.

Hingegen wird von der Rechtsprechung der Konflikt zwischen den Erkenntnissen des Sachverständigen und der persönlichen Überzeugung des Richters nicht so eindeutig zu Gunsten der ersteren entschieden, wenn es um die Glaubwürdigkeit von Zeugen geht. Dies hat zwei Gründe. Einmal gehört die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu den ureigensten Aufgaben des Richters. Aufgrund seiner Menschenkenntnis und Lebenserfahrung wird er in der Regel für fähig gehalten, die Glaubwürdigkeit selbständig zu beurteilen. Zum anderen sind von der Psychologie noch keine Kriterien zur Feststellung der Glaubwürdigkeit entwickelt worden, die sich in ihrer Sicherheit und Verläßlichkeit mit den Erkenntnissés der Naturwissenschaft und der Medizin vergleichen lassen.
In Zweifelsfällen muß der Richter dennoch bei der

---

1) Vgl. die in diesem Paragraphen angeführte Rechtsprechung

Beurteilung der Glaubwürdigkeit auf die Hilfe eines psychologischen Sachverständigen zurückgreifen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Richter die Aussagen weiblicher Jugendlicher über geschlechtliche Dinge auf ihre Richtigkeit hin überprüfen muß. Der Richter ist dann verpflichtet, einen fachwissenschaftlich geschulten Sachverständigen hinzuzuziehen.[1] Wenn der zu begutachtende Zeuge möglicherweise geisteskrank ist, muß neben dem Psychologen ein Psychiater hinzugezogen werden. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Psychologe ausreichende klinische Erfahrungen hat.[2] Dieser hat nicht zu entscheiden, ob die Aussagen der Zeugen wahr sind oder nicht. Er hat sich vielmehr darauf zu beschränken, den Charakter der untersuchten Person darzustellen und die Aussage nach Inhalt und Entwicklung aus psychologischer Sicht zu erläutern. Der Richter hat dann darüber zu befinden, ob die Aussage wahr ist oder nicht.

Allerdings muß er, wenn er dem Gutachten des Psychologen nicht folgen will, wiederum nachweisen, daß er über eine ausreichende Sachkunde auf diesem Gebiet verfügt. Dies wird ihm auch in diesen Fällen nicht leicht fallen, da er keine fachpsychologische Ausbildung genossen hat. Hinzu kommt, daß sich der Sachverständige mit dem jugendlichen Zeugen außerhalb der Haupt-

---

1) Vgl. RGSt 76, 350; BGH St 23, S. 8; BGH MDR 1956, S. 271 bei Dallinger.

2) Vgl. dazu BGH St 23, S. 8; BGH LM Nr. 45 zu § 244 Abs. 2 StPO m. Anm. von Willms, zu den Schwierigkeiten, die sich aus der Zusammenarbei beider ergibt, insbesondere wenn der eine Haupt- und der andere Hilfssachverständige ist.
Vgl. BGHSt 22, 268, Friedrichs JZ 74, S. 257/258.

verhandlung beschäftigen kann, was es ihm erlaubt, ein von den besonderen Umständen der Hauptverhandlung unbeeinflußtes und deswegen besseres Bild von der Psyche des Zeugen zu gewinnen.[1] Will der Richter dennoch die Erkenntnisse des Psychologen nicht übernehmen, weil er seinem eigenen, aufgrund des persönlichen Eindrucks gewonnenen Urteil mehr als den Erkenntnissen der Psychologie traut, so kann diese seine Überzeugung gegen die Erkenntnisse des Psychologen nur dann bestehen, wenn der Richter in der Lage ist, die Argumente des Psychologen sachkundig zu widerlegen.[2]
Es läßt sich somit feststellen, daß die immer wieder hervorgehobene Freiheit des Richters gegenüber dem Sachverständigen im wesentlichen darin besteht, das Gutachten auf Widersprüche und Unklarheiten überprüfen zu können. Ist der Sachverständige von richtigen Tatsachen ausgegangen und hat er ein widerspruchsfreies Gutachten vorgelegt, so ist der Richter gezwungen, die Erkenntnisse des Sachverständigen, sofern sie entweder allgemein oder doch von den maßgeblichen Fachkreisen anerkannt sind, zu übernehmen, und zwar selbst dann, wenn er voll davon

---

1) Vgl. BGH St 7, S. 82; zu den zahlreichen Streitfragen, die die Exploration außerhalb der Hauptverhandlung aufwirft; vgl. Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. III 4 e, mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 33.

2) Zu dem Widerspruch, der darin besteht, daß der Richter auf der einen Seite, will er nicht seine nach § 155 II, 244 II StPO bestehende Aufklärungspflicht verletzen, einen Sachverständigen hinzuziehen muß, auf der anderen Seite sich aber einen höheren Sachverstand als den der Spezialisten zutrauen kann.
Vgl. Bockelmann, GA 1955, S. 329.

überzeugt ist, sie seien unrichtig.[1] Wie läßt sich das nun mit den §§ 286 ZPO, 261 StPO vereinbaren, nachdem die freie Überzeugung des Richters für die Tatsachenfeststellung maßgeblich ist.[2]

II. Zu einer Kollision mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung käme es dann nicht, wenn es sich bei den allgemeinen oder doch zumindest in den maßgeblichen Fachkreisen anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen um offenkundige Tatsachen i.S.d. § 291 ZPO, § 244 III StPO handelte. Zweifelhaft ist allerdings bereits, ob solche Erkenntnisse als Tatsachen anzusehen sind.[3] Sie sind jedenfalls in den in der Praxis bedeutsamen Fällen nicht offenkundig, da anderenfalls der Richter nicht der Hilfe des Sachverständigen bedürfte.[4]

---

1) Nach Pieper, ZZP 84. Bd. (1971) S. 29, liegt darin eine partielle Rückkehr zur formellen Beweistheorie des gemeinen Rechts. Ähnlich Sarstedt (Beweisregeln), S. 177.
Das ist nur beschränkt richtig. Im Unterschied zum gemeinen Recht bestimmt nämlich nicht mehr der Gesetzgeber, sondern der Wissenschaftler über den Beweiswert. Bei der Beurteilung naturwissenschaftlich-technischer Fragen trifft die Bemerkung Radbruchs, an die Stelle der freien Beweistheorie sei eine wissenschadftliche Beweistheorie getreten, voll zu. Vgl. Radbruch (Einführung in die Rechtswissenschaft) S. 119. Da der Sachverständige Richterfunktion übernimmt, ist es nur folgerichtig, wenn er ebenso wie der Richter nur unter sehr engen Voraussetzungen in Anspruch genommen werden kann, wenn er schuldhaft ein unrichtiges Gutachten erstattet hat. Vgl. BGH NJW 74, 312

2) Nach Esser (Freiheit) S. 66, müßte es an der Ehrlichkeit richterlicher Überzeugung irre machen, wollte man einerseits eine freie Überzeugung verlangen, andererseits in gewissen Fällen nicht die Meinung des Richters, sondern die des Sachverständigen oder ein striktes Erfahrungswissen für verbindlich erklären. Vgl. dazu auch Bruns (Freiheit) S. 67.

3) Vgl. oben S. 22 ff und unten S 106 ff

4) Unrichtig ist dagegen die Auffassung Steins (Privates Wissen) S. 27, 77, alle Erfahrungssätze seien notorisch. Wenn das zuträfe, gäbe es keinen Beweis durch Sachverständige (so zutreffend Goldschmidt, S. 441) Vgl. Mannheim JW 1928, S. 1230; von Hippel, S. 382; Alsberg-Nüse, S. 124

Ebenso wie die Denkgesetze, so sind auch die Gesetze der Naturwissenschaft von der Rechtsprechung vereinzelt als Rechtsnormen angesehen worden.[1] Nach dieser Auffassung hätten also beispielsweise physikalische oder chemische Gesetze Rechtsnormqualität. Diese Auffassung ist offensichtlich unrichtig. Sie verkennt, daß naturwissenschaftliche Gesetze keinen Adressaten haben, von dem sie ein Handeln oder Unterlassen verlangen. Naturwissenschaftliche Gesetze können nur beachtet oder nicht beachtet werden. Sie können aber, worauf Sarstedt zutreffend hinweist, nicht wie eine Rechtsnorm verletzt werden.[2] Die abwegige Qualifizierung erfolgt ersichtlich auch nur deswegen, um eine Tatsachenfeststellung, bei der wissenschaftliche Erkenntnisse nicht beachtet werden, revisibel zu machen.

Die Frage, wie es zu vereinbaren ist, daß bei der Beurteilung technisch-naturwissenschaftlicher Fragen nicht die innere Einstellung des Richters, also seine im herkömmlichen Sinne verstandene Überzeugung, sondern die Auffassung der Sachverständigen maßgeblich ist, stellte sich auch dann nicht, wenn das Prinzip der freien Beweiswürdigung in diesen Fällen nicht gilt. In der Tat wird teilweise die Auffassung vertreten, für die individuell gefärbte Wertung sei nur bei zweifelhaften Tatsachen Platz.[3] Bei der Beurteilung feststehender Tatsachen sei die innere Einstellung des Richters unmaßgeblich. Diese Auffassung

---

1) Vgl. BGH St 6, 70 (S.72); so auch Jessnitzer, S. 14; vgl. dazu auch Eb. Schmidt, JZ 70, S. 337 (338 ff).
2) Vgl. Sarstedt (Beweisregeln) S. 179. Seiner Auffassung nach ist insoweit bereits Gewohnheitsrecht entstanden. (S. 180)
3) Vgl. Wimmer, DRZ 1950, S. 391 (394); Brüning (Diss.) S. 183; Schweling, ZStW Bd. 83 (1971) S. 461.

erkennt richtig, daß es dem Richter nicht gestattet sein kann, unter Berufung auf seine ureigene persönliche Auffassung, sich über wissenschaftliche Erkenntnisse hinwegzusetzen. Sie ist auch in der Lage, das Verhältnis zwischen freier Überzeugung und Bindung des Richters an die Erkenntnisse der Wissenschaft widerspruchsfrei erklären zu können.

Dennoch kann der Auffassung nicht gefolgt werden. Sie läßt zunächst die Frage unbeantwortet, wann überhaupt eine Tatsache feststeht und wer darüber zu befinden hat. Nach den §§ 286 ZPO, 261 StPO kann das nur der Richter sein. Auch übersieht diese Meinung, daß die eben genannten Vorschriften keine Unterscheidung zwischen der Beurteilung feststehender und zweifelhafter Tatsachen machen, sondern die freie Überzeugung als Richtmaß über sämtliche Tatsachen stellen. Daß der Geltungsbereich der freien Überzeugung nicht eingeschränkt werden kann, ergibt sich mittelbar auch aus der Regelung der offenkundigen Tatsachen. Wenn das Gesetz in den §§ 291 ZPO, 244 Abs. 2 StPO bestimmt, daß nur diese keines Beweises bedürfen und damit auch nicht der freien Überzeugung unterliegen, so kann daraus gefolgert werden, daß eben alle anderen Tatsachen, mögen sie auch nach dem Urteil maßgeblicher Fachkreise feststehen, vom Richter nach freier Überzeugung zu beurteilen sind.

Mit dem Ausgangspunkt der h.M., nach der das subjektive Fürwahrhalten des Richters das entscheidende Kriterium der Tatsachenfeststellung ist, läßt es sich kaum vereinbaren, daß bei der Beurteilung bestimmter, in der Praxis stets an Bedeutung gewinnender

Fälle die Auffassung des Sachverständigen und nicht die des Richters die Tatsachenfeststellung bestimmt. Anlaß dazu, im Hinblick auf diesen Tatsachenkomplex den Ausgangspunkt anders zu bestimmen, besteht nur dann, wenn die durch die Rechtsprechung unter Zustimmung der Literatur erfolgte Bindung an die von maßgeblichen Fachkreisen für sicher gehaltenen wissenschaftlichen Erkenntnisse überhaupt zu billigen ist. Anderenfalls bedürfte es keiner Neubestimmung des Merkmals der richterlichen Überzeugung, vielmehr wäre zu beanstanden, daß dieses nicht hinreichend respektiert wird.

Die aufgeworfene Frage läßt sich vom Sinn und Zweck, den der Gesetzgeber mit der neuen Beweistheorie verfolgte, unschwer beantworten. Der Gesetzgeber hatte erkannt, daß eine Entscheidung, soll sie konsensfähig sein, soweit wie möglich auf wahren Tatsachen zu beruhen hatte. Der Erkenntnis der materiellen Wahrheit stand aber die formelle Beweistheorie im Wege.[1)] Im Hinblick darauf übertrug der Gesetzgeber die Aufgabe der Tatsachenfeststellung, die er bislang weitgehend selbst wahrzunehmen versucht hatte, auf den Richter. Dieser erschien im Hinblick auf seine Ausbildung in der Lage zu sein, ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen sämtliche beweiserhebliche Fragen sachgerecht zu beurteilen. Infolge der nicht voraussehbaren explosionsartigen Entwicklung von Wissenschaft und Technik und der damit einhergehenden Spezialisierung ist der Richter häufig nicht mehr in der Lage, den Wahrheitsgehalt wissenschaftlicher Erkenntnisse

---

1) Vgl. oben S. 31 ff, S. 36 ff

zu überprüfen. Folglich muß er diese Aufgabe an diejenigen übertragen, die nach allgemeiner Meinung zu ihrer Lösung am ehesten berufen sind. Das sind die Sachverständigen. Allerdings gilt das nur dann, wenn die Sachverständigen über hinreichend gesicherte Erkenntnisse verfügen. Auf technisch-naturwissenschaftlichem Gebiet, auf weiten Gebieten der Medizin ist das der Fall. Hingegen verfügt die Psychologie zum Teil nicht über allgemein anerkannte wissenschaftliche Kriterien. Dies gilt auch für andere wissenschaftliche Disziplinen. So ist beispielsweise die Wirtschaftswissenschaft nicht in der Lage, dem Richter Erkenntnisse zu vermitteln, die in ihrer Sicherheit naturwissenschaftlichen Erkenntnissen nahe kommen.[1] Stützt der Richter sein Urteil auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse, so ist es erheblich konsensfähiger als wenn es lediglich auf sein subjektives Fürwahrhalten gegründet wäre. Die subjektive Gewißheit allein kann in diesen Fällen die allgemeine Anerkennung nicht ersetzen.[2] Daß sich der Richter in diesen Fällen der Sachkenntnis der Sachverständigen beugt, dient somit letztlich der Autorität seines Spruchs. Es kann also festgestellt werden, daß die Bindung des Richters in diesen Fällen dem Gesetz entspricht. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, muß die h.M. ihren Grundsatz, es komme allein auf die ureigene persönliche Auffassung des Richters an, wiederum durchbrechen.

---

1) Vgl. dazu Benisch, bes. S. 30; ferner Schwind, JR (1974) S. 12 ff.für die Kriminologie; Stein,GRUR 1972 S.73 ff für die Demoskopie
2) Vgl. Kaufmann,JZ 1971,573 (575)

§ 15 DAS VERHÄLTNIS DER FREIEN ÜBERZEUGUNG ZU DEN ERFAHRUNGSÄTZEN

Die Bindung des Richters an die Gesetze der Logik und an die allgemein anerkannten Erkenntnisse der Wissenschaft läßt sich, wie ausgeführt, mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung unschwer vereinbaren. Sie macht auch in der praktischen Rechtsanwendung kaum Schwierigkeiten. Verstöße gegen die Logik, Nichtbeachtung anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Beweiswürdigung lassen sich, da sie klar umrissene Größen darstellen, mit Sicherheit feststellen. Anders verhält es sich bei den Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung.

I. Dabei handelt es sich um aus der Beobachtung von Einzelfällen gewonnene Sätze der allgemeinen Lebenserfahrung und Bildung, die ohne Beziehung zum Einzelfall zur Tatsachenbeurteilung dienen, und zwar sowohl bei der eigentlichen Subsumtion unter die Rechtsbegriffe wie bei der Würdigung der Beweismittel und der Indizien.[1] Ihr wesentlicher Unterschied zu den Regeln der Logik und den allgemein anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen besteht darin, daß sie bei der Wahrheitsfindung nicht so

---

1) Grundlegend dazu Stein (Privates Wissen) S. 14, 21, 28, 142; insbesondere Hainmüller, S. 14, 79.
Bei dem Begriff des Erfahrungssatzes ist zu beachten, daß der Ausdruck Erfahrungssätze in der Rechtsprechung häufig für allgemein anerkannte oder zumindest von den maßgeblichen Fachkreisen als sicher angesehene wissenschaftliche Erkenntnisse verwandt wird.
Vgl. Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 261 Fn. 35 m.w.N.
Da für die Bindung des Richters an gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse besondere Regeln aufgestellt worden sind, erscheint es sinnvoll, zwischen den anerkannten Sätzen der Wissenschaft und denjenigen der allgemeinen Lebenserfahrung zu unterscheiden.
So auch Eb. Schmidt, JZ 70, 337 (338)

zuverlässige Hilfsmittel wie diese sind. Erfahrung wird durch die Beobachtung von Einzelgeschehnissen gewonnen. An diese knüpft sich die Erwartung, daß die beispielsweise in einem Prozeß zu beurteilenden Vorgänge sich in ähnlicher Weise abgespielt haben wie die beobachteten. Diese Erwartung kann von unterschiedlicher Intensität sein.[1] Es gibt Erfahrungssätze, die in ihrem Beweiswert wissenschaftlichen Erkenntnissen nahezu gleichkommen. Andere begründen hingegen nur eine schwache Wahrscheinlichkeit dafür, daß der konkret zu beurteilende Vorgang genauso verlaufen ist, wie Geschehnisse dieser Art sich regelmäßig abzuspielen pflegen. Wegen des unterschiedlichen Beweiswerts der einzelnen Erfahrungssätze ist die Frage, in welchem Umfang der nach freier Überzeugung

---

1) Vgl. die zunächst unterschiedliche Rechtsprechung zur Frage, in welchem Umfang aus den Aussagen eines Polizeibeamten, er könne sich an den angezeigten Sachverhalt nicht mehr erinnern, hätte aber die Sache unter den vom Verkehrsteilnehmer behaupteten Umständen nicht angezeigt, der Schluß gezogen werden darf, die Einlassung sei widerlegt.
OLG Hamm NJW 1969, 2032; 1970, 264; OLG Köln, JR 1969, 392, entschieden durch BGH NJW 1970, 537, 1558.
Eine solche Aussage ist nicht schlechthin beweiskräftig, darf aber als Indiz zur Feststellung herangezogen werden.
Vgl. ferner die unterschiedliche Rechtsprechung des OLG Hamm zur Frage, ob aus der Haltereigenschaft der Schluß gezogen werden darf, der Halter habe den Wagen zur Tatzeit selbst geführt. Nach Auffassung des 2. Strafsenats reicht der Erfahrungssatz, daß Kraftfahrzeughalter ihre Fahrzeuge zumeist selbst benutzen, nicht zur Feststellung aus. Es müssen noch andere Umstände hinzu kommen.
Vgl. OLG Hamm, MDR 72, 626; OLG Hamm, NJW 74, 249/250; so auch KG VRS 45, 287.
Dagegen begnügen sich der 3. und 5. Strafsenat mit diesem Erfahrungssatz. Vgl. OLG Hamm, NJW 73, 159; OLG Hamm, DAR 72, 190

die Tatsachen feststellende Richter Erfahrungssätze zu beachten hat, so schwierig zu beantworten.[1)]

II. Die Unklarheiten resultierten nicht zuletzt daraus, daß bereits der Gesetzgeber offenbar nur höchst unzureichende Vorstellungen über das Verhältnis zwischen freier Überzeugung und der Beachtung der Erfahrungssätze hatte. Insbesondere die Motive der ZPO ergeben ein zwiespältiges Bild. Auf der einen Seite wurden zwar die gesetzlichen Vermutungen, in denen zumeist Erfahrungssätze fixiert waren, abgeschafft. An deren Stelle trat die freie Überzeugung des Richters. Die Tatsachenfeststellung war der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen, da diese sich auf die Überprüfung von Gesetzesverletzungen beschränkte, wobei unter Gesetz nach den Prozeßordnungen gemäß §§ 12 EGZPO; § 7 EGStPO jede Rechtsnorm zu verstehen war, wozu prima facie die Erfahrungssätze nicht zählten. Dem Richter konnte - so die Motive - [2)] die Aufgabe der Tatsachenfeststellung unbedenklich übertragen werden, da er die nötige Bildung und Erfahrung aufgrund der theoretischen und praktischen Ausbildung mitbrachte. Dies alles spricht dafür, daß nach der Konzeption des Gesetzgebers nur der Tatsachenrichter darüber befinden sollte, in welchem Umfang er zur Ermittlung der materiellen Wahrheit auf Erfahrungssätze zurückgriff.

---

1) Diese Frage gehörte von Anfang an zu den "heikelsten Punkten" Vgl. Manigk, S. 135, vgl. auch Hartung, SJZ 1948, 579 (580), nach dem am schwierigsten das Problem bei Verstößen gegen die allgemeine Lebenserfahrung ist. Nach Schweling, ZStW Bd. 83, (1971) S. 435, ist die Frage, ob Erfahrung revisibel ist, bisher nicht befriedigend beantwortet worden. Vgl. auch Geerds, S. 267

2) Motive (Hahn) S. 275

Er allein sollte darüber entscheiden, wann er einen Erfahrungssatz für so gesichert hielt, daß er unbedenklich der Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden konnte.

Aus den Motiven lassen sich auf der anderen Seite aber auch Anzeichen entnehmen, die in die entgegengesetzte Richtung weisen. So nehmen die Motive ausdrücklich Bezug auf eine Bemerkung Plancks, nach der auch nach Abschaffung der normierten Erfahrungssätze diese als goldene Regeln der Lebenserfahrung weiterhin Geltung beanspruchten.[1] Die Regeln über die Zulässigkeit und Wert der Beweise sollten aus dem Gesetzbuch verschwinden und der Rechtsschule wie dem Gerichtsgebrauch überlassen bleiben.[2] Auch innerhalb der Diskussion um die Einführung des Prinzips der freien Beweiswürdigung war namentlich von zivilprozessualer Seite immer wieder hervorgehoben worden, daß freie Beweiswürdigung keineswegs mit willkürlicher Beweiswürdigung gleichzusetzen sei. Vielmehr sei der Richter auch nach dem neuen Beweissystem an die Erfahrungssätze gebunden.[3] Wenn der Richter aber bei der Beweiswürdigung die Sätze der Lebenserfahrung zu beachten hat, so muß, damit die Bindung auch durchgesetzt wird, eine Tatsachenfeststellung, die unter Nichtbeachtung von Erfahrungssätzen erfolgt, auch vom Revisionsrichter beanstandet werden können.

---

1) Vgl. Motive (Hahn) S. 275, Planck (Bemerkungen über den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten für das Königreich Bayern, München 1861, in Kritische Vierteljahreszeitschrift) Bd. 4, München 1862, S. 232 (250/251)
2) Planck, a.a.O., Motive (Hahn) S. 276
3) Vgl. dazu bereits oben S. 43 ff
Vgl. ferner Endemann (Beweislehre) S. 633 ff.; weitere Einzelheiten bei Patermann, S. 151

III. Angesichts der mehrdeutigen gesetzgeberischen Konzeption verwundert es nicht, daß auch die ersten Stellungnahmen zum Verhältnis zwischen den Erfahrungssätzen und der freien Überzeugung des Richters unterschiedlich ausfielen.[1] Ersichtlich unter dem Einfluß der das französische Schwurgericht beherrschenden conviction intime wurde zum Teil lediglich auf die innere Gewißheit des Richters abgestellt. Wenn der Richter diese subjektive Gewißheit erlangt habe, sei die Tatsachenfeststellung gesetzmäßig erfolgt.[2] Wie der Richter diese innere Einstellung zum Beweisergebnis gewonnen habe, sei unerheblich. Selbst wenn er bei der Beweiswürdigung von den unsinnigsten "Erfahrungssätzen" ausgegangen sei, sei die Tatsachenfeststellung nicht zu beanstanden.[3] Diese Auffassung mutet letztlich dem von der Tatsachenfeststellung unmittelbar Betroffenen zu, diese lediglich deshalb zu akzeptieren, weil sie von einem Richter getroffen worden ist. Nach anderer Auffassung war durch die Einführung der neuen Beweistheorie die Rolle der Erfahrungssätze bei der Tatsachenfeststellung im Grunde nicht verändert worden, lediglich die Normierung der Erfah-

---

1) Vgl. dazu S. 57/58
2) Diese Auffassung beruhte auf der Überlegung, das Gesetz könne sich deswegen getrost mit der Überzeugung des Richters begnügen, weil wohl eine Überzeugung an die Stelle der anderen gesetzt, nicht aber nachgewiesen werden könne, daß diese richtig, die andere unrichtig sei. Vgl. Mannheim, S. 20
3) Vgl. dazu oben S. 57-59
Ferner Mezger (Der psychiatrische Sachverständige) S. 182

rungssätze sei entfallen.[1] Die Bindung sei aber bestehen geblieben, ja noch verstärkt worden, weil der Richter fortan die Aufgabe habe, die materielle Wahrheit einer Tatsache festzustellen, und dies nur könne, wenn er auf die allgemeine Lebenserfahrung zurückgreife.[2] Dabei blieb allerdings die Frage, in welchem Umfang eine Bindung besteht und welche Folgen sich aus der Nichtbeachtung von Erfahrungssätzen ergeben, unbeantwortet. Heute besteht nahezu Einigkeit darüber, daß der Richter grundsätzlich die Erfahrungssätze zu beachten hat. Übersieht er einen Erfahrungssatz, verkennt er einen Erfahrungssatz oder wendet er einen nicht bestehenden Erfahrungssatz an, so ist die Tatsachenfeststellung nicht dem Gesetz gemäß erfolgt.[3] Fraglich ist allerdings, wie diese Bindung rechtlich zu begründen ist, soll doch der Richter nach freier Überzeugung die Tatsachen feststellen.

IV. Die rechtliche Qualifizierung dieser Sätze kann für das Verhältnis zur freien Überzeugung bedeutsam sein.

---

1) Vgl. Glaser (Handbuch) S. 356. Allerdings ist dessen Stellungnahme zwiespältig. Einerseits behalten seiner Auffassung nach die Erfahrungssätze ihre Gültigkeit (vgl. S. 356), andererseits erkennt die persönliche Überzeugung seiner Meinung nach keine Regeln an. Vgl. S. 350.

2) Das hatte bereits Savigny stets betont. vgl. oben S. 41 ff

3) Seit RG JW 1896, S. 62 Nr. 31 ist das nahezu unbestritten. Vgl. Schwinge (Grundlagen) S. 163; Schweling S. 457, mit weiteren Nachweisen; vgl. auch die folgenden Anmerkungen

Sollte es sich bei den Erfahrungssätzen um Tatsachen handeln, so unterliegen sie, vom Falle ihrer Offenkundigkeit abgesehen, dem Prinzip der freien Beweiswürdigung. Als Rechtsnorm wären sie vom Richter grundsätzlich zu beachten. Nicht so einfach könnte das Verhältnis zwischen Überzeugung und Erfahrungssatz dann geklärt werden, wenn dieser einem zwischen Tatsachen und Rechtsnormen liegenden Bereich zuzuordnen ist.

Seit den Untersuchungen Steins wird die Auffassung, daß es sich bei den Erfahrungssätzen um Tatsachen handelt, kaum noch vertreten. Stein unterscheidet scharf zwischen Tatsachen (Tatsachenurteil)[1] und Erfahrungssätzen. Tatsachen sind danach nur die dem verhandelten Einzelfalle angehörigen konkreten, nach Zeit und Raum bestimmten Geschehnisse und Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens.[2] Nur wahre, konkrete Einzelumstände werden demnach als Tatsachen bezeichnet. Hingegen werden Erfahrungssätze induktiv durch die Beobachtung von Tatsachen gewonnen. An die Beobachtung konkreter Einzelumstände knüpft sich die Erwartung, daß später zu beurteilende Geschehnisse in ähnlicher Weise verlaufen sind wie die vormals beobachteten. Hat der Richter die Aussage eines mit der Partei oder mit dem Angeklagten verwandten Zeugen zu beurteilen, so wird er bei der Entscheidung über die Glaubhaftigkeit der Bekundung auf die entweder durch eigene Beobachtung in früheren Fällen oder - wie sehr häufig - auf den tradierten Erfahrungssatz zurückgreifen, daß Zeugen im Hinblick auf ihre verwandschaftliche Beziehung der Gefahr ausgesetzt sind, - sei es bewußt, sei es unbewußt - die Unwahrheit zu sagen. Nach der noch heute anerkannten Definition Steins sind Er-

---

1) Vgl. Stein (Privates Wissen) S. 8 - 11
2) Bereits RGSt 22, S. 159 schließt alle Ergebnisse abstrakter Schlußfolgerungen aus dem Tatsachenbegriff aus. Vgl. ferner Scheuerle (Beiträge) AcP Bd. 157 (1958/1959) S. 13

fahrungssätze Definitionen oder hypothetische Urteile allgemeinen Inhalts, vom konkreten in diesem Prozesse abzuurteilenden Fall und seinen einzelnen Tatsachen unabhängig, aus der Erfahrung gewonnen, aber selbständig gegenüber den Einzelfällen, aus deren Beobachtung sie gezogen sind, und über die sie hinaus für neue Fälle Geltung beanspruchen.[1] Im Hinblick darauf, daß die Erfahrungen von den Einzelgeschehnissen losgelöste Aussagen über Wahrscheinlichkeiten sind, können sie nicht als Tatsachen angesehen werden.[2]

Erfahrungssätze weisen in ihrer Struktur Ähnlichkeit mit Rechtsnormen auf.[3] Diese enthalten Regelungen für eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Fälle. Genauso beinhalten Erfahrungssätze Wahrscheinlichkeitsaussagen, die zur Beantwortung der Frage, ob eine Tatsache wahr ist, in einer Vielzahl zukünftiger Fälle herangezogen werden können. Von einem Teil der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist den Erfahrungssätzen denn auch Rechtsnormqualität

---

1) Vgl. Stein (Privates Wissen) S. 21, 27, 77.
Unrichtig ist dagegen die Auffassung Steins, Erfahrungssätze seien bereits vom Begriff notorisch. Vgl. dazu S. 96 Anm. 4
Allgemeinkundige Erfahrungssätze bedürfen allerdings nicht des Beweises (vgl. RG Recht 1928, Nr. 1216; RG St 61, S. 379 (381), wo ausgeführt wird, daß erfahrungsgemäß Lippenstifte nicht nur von bedenklichen Frauen verwandt werden.

2) Vgl. Anm. 1) auf S.
Ferner Schwinge (Grundlagen) S. 189; Pagendarm, S. 28; Lagreze, S. 32; Engisch (Logische Studien) S. 44/53; Schweling, s. 438 (ZStW Bd. 83, 1971)

3) Vgl. Scheuerle (Rechtsanwendung) S. 89

zuerkannt worden.[1] Weder vom Reichsgericht noch vom Bundesgerichtshof ist diese Auffassung aber begründet worden.[2] Daß die Rechtsprechung Erfahrungssätze als Rechtsnormen angesehen hat, läßt sich nur im Hinblick auf die Revision erklären, gibt eine derartige Qualifizierung doch die Möglichkeit, die Revisibilität der Erfahrungssätze zwanglos zu begründen. Auch in anderen Fällen hat, wie bereits bei den Denkgesetzen ausgeführt, die Rechtsprechung zur Erreichung ihres Zieles, die Tatsachenfeststellung in möglichst weitem Umfang der Revision zu unterwerfen, zu dem Mittel gegriffen, den Begriff der Rechtsnorm zu überziehen. In der Literatur hat insbesondere Hainmüller versucht, die These, es handele sich bei den Erfahrungssätzen um Rechtsnormen, zu begründen.[3] Hainmüller betrachtet

---

1) Vgl. RG St 61, 151; 99,71; RGZ 99, 71; 105, 419; Vgl. ferner die bereits vorstehend (Anm. S.) aufgeführte Rechtsprechung, in denen Erfahrungssätze fehlerhaft als Denkgesetze qualifiziert worden sind. Leonhard, S. 195; Schuler, NJW 61, S. 4 (8); Baumbach-Lauterbach § 550,2 H; ähnlich Baur, 46. DJT II E 93. Danach handelt es sich bei den Erfahrungssätzen um gewohnheitsrechtliche Ausbildungen, die sich auf dem Weg zum Gewohnheitsrecht befinden.
Nach Lagrèze (Diss. S. 42-46) sind Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung Rechtsnormen, bei der Konkretisierung von rechtlichen Wertbegriffen sind die tatsächliche Obersätze. Die Unterscheidung leuchtet nicht ein. Näher liegt schon eine umgekehrte Qualifizierung.

2) Was RGZ 99, 71 zur Rechtfertigung der Revisibilität bei der Verletzung von Erfahrungssätzen anführt, kann kaum als Begründung angesehen werden. Das Reichsgericht führt aus, Erfahrungssätze seien nicht etwa beweisbedürftige Tatsachen, sie hätten vielmehr die Natur von Normen, die als Maßstab für die Beurteilung jener Tatsachen dienen. Das ist zwar richtig, besagt aber nichts darüber, daß es sich dabei um Rechtsnormen handelt.

3) Hainmüller, S. 48 - 62;
zur Auffassung von Kollhosser vgl. unten S.141

die Erfahrungsgrundsätze[1] als Rechtsnormen kraft Richterrechts. In §§ 286 ZPO, 261 StPO habe der Gesetzgeber die Art der Tatsachenfeststellung durch den Verweis auf die freie Überzeugung nur unvollkommen geregelt. Demgemäß sei es Aufgabe der Richter gewesen, den Tatbestand dieser Paragraphen hinsichtlich der Frage zu konkretisieren, welche Regeln bei der Tatsachenfeststellung zu beachten seien. Dieser Aufgabe sei die Rechtsprechung von Anfang an dadurch nachgekommen, daß sie besonders gesicherte Erfahrungssätze bei der Tatsachenfeststellung übernommen und deren Beachtung durch die Revisionsinstanz erzwungen habe. Diese Praxis sei nahezu vom Erlaß der einzelnen Verfahrensordnungen geübt worden. Dadurch seien die Erfahrungsgrundsätze in den Rang von Rechtsnormen transformiert worden.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Gegen die Auffassung Hainmüllers kann zunächst das geltend gemacht werden, was bereits gegen die Qualifizierung

---

1) Hainmüller unterscheidet drei Stufen von Erfahrungssätzen:
Die Erfahrungsgesetze enthalten Regeln, die nach menschlichem Ermessen durchbrochen werden können. In erster Linie sind damit wissenschaftliche Erkenntnisse gemeint. (Vgl. Hainmüller S. 27,28)
Die einfachen Erfahrungssätze weisen lediglich einen schwachen Wahrscheinlichkeitsgrad auf. Bei der großen Masse der Erfahrungssätze handelt es sich um einfache Erfahrungssätze in diesem Sinne (S. 26-27).
Die Erfahrungsgrundsätze stehen zwischen den Erfahrungssätzen und den Erfahrungsgesetzen. (S. 26-27) Sie bieten zwar keine Richtigkeitsgewähr wie die Erfahrungsgesetze, übertreffen aber in ihrer Beweisstärke weit die einfachen Erfahrungssätze. Bestehen, wie beispielsweise beim Anscheinsbeweis, Beweisschwierigkeiten, so reichen die Erfahrungsgrundsätze zur Stellung aus. (S. 28-32)
Die Einteilung ist von Rosenberg-Schwab, S. 114, 1 übernommen worden.

der Denkgesetze als Rechtsnormen angeführt worden ist. Erfahrungssätze richten sich nicht an Menschen und verlangen von diesen kein bestimmtes Verhalten.[1] Gegen die Qualifizierung als Rechtsnorm spricht ferner, daß bei der Aufstellung von Erfahrungssätzen subjektive Wertungen eine große Rolle spielen. Wie zahlreiche Entscheidungen (z.B. zum Beweis des ersten Anscheins) zeigen, kommt es häufig vor, daß der eine Richter einen Erfahrungssatz für so gesichert hält, daß er ihn seiner Beweiswürdigung ohne weiteres zugrunde legt, während der andere Richter dem selben Erfahrungssatz lediglich eine vage Wahrscheinlichkeit entnimmt.[2] Der den Erfahrungssätzen eigene Unsicherheitsfaktor schließt es aus, den Richter an die Sätze der Erfahrung genauso zu binden wie an eine Rechtsnorm.[3]
Speziell gegen die Begründung Hainmüllers, gewisse, allgemein anerkannte Erfahrungsgrundsätze seien durch ihre langjährige Verwendung bei der Tatsachenfeststellung in den Rang von Rechtsnormen erhoben worden, läßt sich anführen, daß damit die Praxis der Gerichte nicht hinreichend gewürdigt ist. Die Rechtsprechung verlangt ja nicht nur die Beachtung von bereits seit langem anerkannten und praktizierten Erfahrungssätzen, sie stellt vielmehr nahezu wöchentlich neue, keineswegs allseitig anerkannte Erfahrungssätze auf und erzwingt

---

1) Vgl. Sarstedt (Beweisregeln) S. 179
2) Vgl. dazu unten S. 128 ff und oben S. 102
3) Henke (Tatfrage) S. 89, spricht den Erfahrungssätzen die Rechtsnormqualität deswegen ab, weil sie keinen die Subsumtion ermöglichenden Inhalt, anders ausgedrückt, weil sie nicht prägnant genug seien, um die Stellung von "erläuternden Rechtssätzen", also von Obersätzen im Syllogismus einzunehmen.
Vgl. dazu auch Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 60-62.

ihre Durchsetzung durch Aufhebung von Entscheidungen der Tatsacheninstanz. Wer sich wie Hainmüller auf richterliche Übung beruft, darf zur dogmatischen Begründung, gewisse Erfahrungssätze seien durch ständige Verwendung bei der Tatsachenfeststellung zu Rechtsnormen transformiert worden, nicht nur Ausschnitte aus der gerichtlichen Praxis herausnehmen, sondern muß diese umfassend würdigen.

Ein weiterer Einwand gegen die Meinung, gewisse Erfahrungsgrundsätze seien Rechtsnormen kraft Richterrechts, richtet sich gegen den verfahlten dogmatischen Ansatz.[1] Zunächst hätte es zur Begründung dafür, daß der Richter bei der Tatsachenfeststellung die Erfahrungssätze zu beachten hat, nicht des Umwegs über deren Qualifizierung als Rechtsnormen bedurft. Viel näher hätte es gelegen, nicht die Erfahrungssätze selbst als Rechtsnormen anzusehen, sondern der Verpflichtung, sie zu beachten, Rechtsnormqualität zuzuerkennen.[2] Ausdrücklich sieht das Gesetz eine solche Verpflichtung nicht vor. Durch die langjährige, sich ständig verfestigende Übung, den Richter bei der Tatsachenfeststellung an die allgemeinen Erfahrungssätze zu binden, könnte ein gewohnheitrechtlich anerkannter Rechtssatz dieses Inhalts entstanden sein. Damit wäre allerdings die Verbindung zwischen Erfahrungssätzen und den die Beweiswürdigung regelnden Vorschriften der §§ 286 ZPO, 261 StPO gelöst.[3]

Eine Transformation der Erfahrungsgrundsätze in Rechtsnormen, ferner die Entwicklung eines gewohnheitrechtlich anerkannten Rechtssatzes, der die Bindung an die Erfahrungssätze vorschreibt, sind überflüssig, wenn

---

1) Vgl. Kollhosser, AcP 1967, S.454;
2) So Sarstedt (Beweisregeln) S.179,180; Blomeyer (Gutachten) S.47 hält diese Auffassung für vertretbar
3) Dazu Blomeyer (Gutachten) S. 27, 28, 47

bereits die §§ 286 ZPO, 261 StPO selbst eine Verpflichtung zur Beachtung der Erfahrungsgrundsätze enthalten. Dieser Gesichtspunkt wird von Hainmüller gänzlich übersehen.[1] Die heute h.M. versucht den Zusammenhang zwischen der gesetzlichen Regelung der §§ 286 ZPO, 261 StPO und den Erfahrungssätzen zu wahren.[2] Sie ordnet Erfahrungssätze weder den Tatsachen noch dem Bereich der Rechtssätze zu. Zwischen Erfahrungssatz und Rechtssatz bestehe aber deswegen notwendigerweise eine Beziehung, weil ein Großteil der Rechtssätze ohne Zuhilfenahme von Erfahrungssätzen nicht angewendet werden könne. Das gelte speziell für solche Rechtssätze, die normative Tatbestandselemente aufweisen.[3] Diese sind dadurch gekennzeichnet, daß sie nicht einfach auf einen gegebenen Sachverhalt Bezug nehmen, sondern vom urteilenden Richter ein ergänzendes Werturteil verlangen. Solche Normen enthalten lediglich Blankettbewertungen, die zu abstrakt sind, um ohne nähere Konkretisierung subsumtionsfähig zu sein. Diese Eigenschaft gewinnt der rechtliche Obersatz nur dann, wenn der Richter bei der Auslegung einer Blankettnorm auf die Erfahrungssätze zurückgreift.[4] Dadurch werden aber die zur Ausfüllung der Blankettnorm erforderlichen Erfahrungssätze nicht selbst unmittelbarer Bestandteil dieser Norm. Sie haben nur mittelbaren Einfluß auf die Aufstellung eines richtigen Obersatzes. Übersieht oder

---

1) Vgl. Kollhosser AcP 67. Bd. (1967) S. 454/455.
2) Vgl. Schwinge (Grundlagen) S. 157; Kuchinke (Grenzen) S. 187, 199; Blomeyer (Gutachten) S. 46; Henke, (Tatfrage) S. 89/90.
3) Zum folgenden Manigk, S. 127 ff.; Lagrèze S. 40; Henke a.a.O., S. 87-90; Blomeyer a.a.O., S. 47
4) Vgl. Henke, ZZP 81, 196 ff. (221)

verkennt der Richter einen Erfahrungssatz, so geht er von einem unzutreffenden Obersatz aus. Er benutzt die mit den Erfahrungssätzen gegebenen Rechtsanwendungshilfen nicht in der richtigen Weise und wendet demnach das Recht im Sinne der Revisionsvorschriften der §§ 337 StPO, 549, 550 ZPO nicht richtig an.[1)]

Diese -zuerst von Manigk[2)] vertretene Auffassung ist in erster Linie für die unbestimmten Rechtsbegriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuchs entwickelt worden. Wo das Gesetz dort Rechtsbegriffe wie Treu und Glauben, § 242 BGB, gute Sitten, § 138 BGB, Verkehrssitte, § 157 BGB, Handelsbrauch, § 346 HGB, verwendet, wird der Richter gezwungen, zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe die Lebenserfahrung heranzuziehen. Wenn man diesen Gedanken folgerichtig auf die §§ 286 ZPO, 261 StPO überträgt, so müßte es sich bei dem Merkmal "nach freier Überzeugung" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handeln, der nur unter Zuhilfenahme von Erfahrungssätzen ausgefüllt werden kann. Das ist aber auch nach den Vertretern dieser Auffassung nicht der Fall. Die Erfahrungssätze dienen nicht als Hilfe bei der Aufstellung eines subsumtionsfähigen Obersatzes. Der Obersatz ist vielmehr durch das Merkmal der freien Überzeugung hinreichend geklärt. Mit der h.M. wird auch von den Anhängern dieser Auffassung Überzeugung als subjektives Fürwahrhalten angesehen. Der

---

1) Ähnlich Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 54
2) Vgl. Manigk, S. 143, 144, 189

Blankettcharakter der §§ 286 ZPO, 261 StPO ergibt sich denn nach h.M. auch nicht daraus, daß es sich bei der freien Überzeugung um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt, sondern daraus, daß die Vorschriften über die Beweiswürdigung nicht hinreichend genau vorschreiben, was der Tatrichter bei der Würdigung der Beweise zu beachten hat. Nach § 286 ZPO muß er den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme berücksichtigen. Der Inbegriff der Verhandlung ist gemäß § 261 StPO Grundlage der richterlichen Überzeugung. Nur hinsichtlich des in diesen Tatbestandsmerkmalen verkörperten Erschöpfungsgrundsatzes ist der Weg des Richters bei der Tatsachenfeststellung vorgezeichnet. Hingegen läßt sich beiden Vorschriften unmittelbar nichts darüber entnehmen, ob und, was bedeutsamer ist, in welchem Umfang der Richter bei der Wahrheitsermittlung die Erfahrungssätze zu beachten hat. Nach der h.M. in der Literatur muß der Richter bei der Tatsachenfeststellung genauso verfahren wie jeder andere Wissenschaftler, der es mit der Erforschung von abgeschlossenen, in der Vergangenheit liegenden Sachverhalten zu tun hat. Wie dieser muß er die allgemein anerkannten Erfahrungssätze berücksichtigen. §§ 286 ZPO, 261 StPO müssen demnach in der Weise ausgefüllt werden, daß das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme, ferner unter Beachtung wissenschaftlicher Erkenntnisse und allgemein anerkannter Erfahrungssätze nach freier Überzeugung zu entscheiden habe, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

Eine derartige Ausfüllung der §§ 286 ZPO, 261 StPO führt aber zu einem nicht ausräumbaren Widerspruch zu dem in herkömmlicher Weise verstandenen Merkmal der freien Überzeugung. Erfahrungssätze sind anders als beispielsweise Denkgesetze oder wissenschaftliche Erkenntnisse keine fest umrissenen Größen. Sie enthalten lediglich Wahrscheinlichkeitsaussagen, deren Beweiswert durchaus unterschiedlich beurteilt werden kann.[1] Wenn man Überzeugung als unvertretbaren, teilweise irrational geprägten und damit letztlich nicht nachprüfbaren Persönlichkeitsakt ansieht, so läßt sich damit zwar ein Verbot, die Tatsachen nach Willkür festzustellen, vereinbaren. Auch bei einem solchen Verständnis der richterlichen Überzeugung steht nichts im Wege, den Richter für verpflichtet zu halten, sich ernsthaft um die Wahrheitsermittlung zu bemühen. Wenn der Tatsachenrichter aber nach gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, daß ein möglicherweise von einem Dritten anerkannter Erfahrungssatz für ihn persönlich entweder generell oder zwar im allgemeinen, nicht aber im konkreten Fall einen zur Tatsachenfeststellung ausreichenden Beweiswert besitze, so ist es mit der im Sinne der h.M. verstandenen Überzeugung unvereinbar, daß der Revisionsrichter aufgrund seiner eigenen Erfahrung die Tatsachenfeststellung beanstandet und den Tatsachenrichter anweist, gegen dessen eigene Überzeugung Tatsachen als festgestellt anzusehen. Nahezu sämtliche Entscheidungen, in denen die Beweiswürdigung gerügt wird, betreffen aber gerade Fälle, in denen

---

1) Zu dem Unterschied vgl. Blomeyer (Lehrbuch) § 104 III 3 c.

der Tatsachenrichter trotz gewissenhafter Abwägung zu einem vom Revisionsrichter nicht gebilligten Ergebnis kommt.[1] Das gilt gleichermaßen für die Entscheidungen in Zivil- und Strafsachen. In allen diesen Entscheidungen wird das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Überzeugung und Bindung an die Erfahrungssätze deutlich.

V. Die Schwierigkeiten, die sich für die h.M. aus ihrem Verständnis des Merkmals der freien Überzeugung im Hinblick auf die Bindung an die Erfahrungssätze ergeben, treten im Zivilprozeß besonders kraß in der Rechtsprechung zum Beweis des ersten Anscheins auf.

1. Der Anscheinsbeweis[2] setzt einen typischen Geschehensablauf voraus, der unter Verwertung allgemeiner Erfahrungssätze auf die streitige Tatsache schließen läßt.[3] Dabei sind als typische Geschehensabläufe solche Tatbestände anzusehen, bei denen eine ohne weiteres naheliegende Erklärung nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu finden ist und bei denen angesichts des typischen Charakters die konkreten Umstände des Einzellfalls ohne Bedeutung

---

1) Vgl. dazu unten S.128 ff
2) Der Begriff prima facie-Beweis wird zum ersten Mal in RG JW 19, S.665 f. verwendet
Einzelheiten bei Kollhosser (Diss) S.26-27
3) Grundlegend RGZ 134,237 (242) mit Anm. von Rosenberg in JW 32,1376 f.; ferner BGH LM Nr.14 zu § 276 BGB FA; BGH LM Nr. 36 zu § 433 BGB; BGH LM Nr. 53 zu § 286 ZPO (C); BGH VersR 74,263
Thomas-Putzo, §286,4

sind.[1] Wird ein solcher typischer Geschehensablauf bewiesen, so muß der Richter die Kausalität der Handlung für den eingetretenen Erfolg und das Verschulden des Schädigers als festgestellt ansehen.[2] Er hat zumindest vorläufig überzeugt zu sein. Seine eigene persönliche Wertung des Sachverhalts, die etwa durch seinen besonderen Charakter oder seine

---

1) RGZ 130, 359; 157, 89; 159, 239 (240); BGH LM Nr. 54 zu § 286 ZPO (C): Kein Anscheinsbeweis, daß Fahrzeuge der Streitkräfte hoheitlich handeln; BGH LM Nr. 7 zu § 130 BGB (kein typischer Geschehensablauf bei Zugang eines Briefes); a.A. RGZ 142, 402 (409) (beiläufig); BGH VersR 74, 263 (typischer Geschehensablauf beim Sturz von einer Treppe infolge Fehlens eines Geländers in einem Neubau); OLG Saarbrücken, VersR 74, 259 (typischer Geschehensablauf bei Unfallursächlichkeit alkoholischer Beeinträchtigung); OLG Köln, VersR 73, 322 (kein typischer Geschehensablauf bei Massenkarambolage), OLG Hamm VersR 73, S. 121, 122 (kein Anscheinsbeweis dafür, daß das Lenkradschloß nicht auf Blockieren gestellt war)
Die Grundsätze des prima facie-Beweises sind nur beschränkt anwendbar, wenn ausnahmsweise außer dem objektiven auch die subjektiven (personalen Besonderheiten des Schädigers) berücksicht werden müssen; vgl. BGH NJW 70, S. 1038.
Aus diesem Grunde lehnt der BGH auch einen Anscheinsbeweis wegen grober Fahrlässigkeit ab. Hier verschlingen sich objektive Momente in der Begriffsbestimmung der groben Fahrlässigkeit derartig, daß nur eine Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls eine zutreffende Entscheidung ermöglicht; vgl. BGH VersR 67, 910; 68, 668; 69, 78; 70, 469, 569; ablehnend Hagel (Der Anscheinsbeweis für grobe Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs) VersR 73, S. 796-801. Auch eine Reihe von Instanzgerichten hat die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins auf die grobe Fahrlässigkeit ausgedehnt; vgl. OLG Oldenburg, VersR 64, 670; OLG München, VersR 65, 1089; OLG Bremen, VersR 66, 278; OLG Nürnberg, VersR 66, 621; OLG Köln, VersR 66, 530; 67, 273, OLG Hamm, VersR 73, 169. Ob das Merkmal des typischen Geschehensablaufs ein geeignetes Abgrenzungskriterium ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Vgl. dazu Kuchinke (Grenzen) S. 186, Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 24 und 46. DJT, Bd. II, Teil E, S. 71; ablehnend besonders Kollhosser (Diss.) S. 87-93.

2) Vgl. BGH NJW 1954, 1119 mit Anm. Wassermeyer.

besondere Veranlagung bedingt sind, tritt demgegenüber zurück. Sie kommt erst wieder zur Geltung, wenn der Beklagte die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs nachgewiesen und damit den Schluß aus den Erfahrungssatz erschüttert hat.[1)]
Der Anscheinsbeweis ist auf Sachverhalte zugeschnitten, die ihrer ganzen Anlage nach auch bei Ausschöpfung aller Möglichkeiten nicht bis ins einzelne aufklärbar sind. Bezeichnenderweise hat die Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis ihren Ausgangspunkt bei Schiffszusammenstößen genommen. Da es, wie Liesecke[2)] einmal gesagt hat, auf dem Wasser keine Balken und keine Bremsspuren gibt und jede Besatzung seit alters her zugunsten ihres Schiffes lügt, so gut sie kann, sind Schiffszusammenstöße in allen Einzelheiten schlechterdings nicht aufklärbar. Will der Richter in diesen Fällen überhaupt zu einer Feststellung kommen und die Entscheidung nicht, wozu er im Falle eines non liquet gezwungen wäre, den starren Beweislastregeln, überlassen, so muß er sich mit einer Irgendwie-Feststellung begnügen. Nach ganz h.M. gehört es denn auch zum Wesen des Anscheinbeweises, daß er, anders als etwa der Indizienbeweis, den Hergang nicht mit derselben Ausschließlichkeit festzulegen vermag.wie der strikte Beweis.[3)] Damit liegt der Schluß nahe,

---

1) RGZ 159 235 (239); BGH NJW 69, 277; BGH LM Nr. 58 zu § 286 ZPO (C); vgl. dazu auch Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 18
2) Liesecke, 46DJT, Bd. II, Teil E, S. 62
3) Zur schwierigen Abgrenzung zwischen Anscheinsbeweis und Indizienbeweis; vgl. RGZ 163, 28; Kollhosser (Diss.)S.76-80; Wassermeyer a.a.O., S. 25; Hainmüller S. 79; Pawlowski, S. 1, S. 54-56; Schönke-Kuchinke, § 56 III 2

daß der Anscheinsbeweis anders als der strikte Beweis eine Herabsetzung des allgemeinen Beweismaßstabes bewirkt.[1] Im Hinblick darauf, daß eine sachgerechte Entscheidung in diesen Fällen eher möglich ist, wenn sich der Richter mit einer Irgendwie-Feststellung begnügt, als wenn er zum non liquet kommt und demgemäß die Streitregelung den Beweislastregeln überläßt, wäre es ihm ausnahmsweise erlaubt, Zweifel bei der Tatsachenfeststellung zu unterdrücken.[2] Nach ganz h.M. muß der Richter indes auch bei Feststellungen, die aufgrund des prima-facie-Beweises getroffen werden, die volle Überzeugung gewonnen haben. Die Erfahrungssätze regeln nämlich nach h.M. als Beweiswürdigungsregeln die Tatsachenfeststellung und unterliegen demnach dem § 286 ZPO.[3] Damit stellt sich insbesondere die Frage, wie es zu vereinbaren ist, daß dem Richter, der Erfahrungssätze, die nach Auffassung der Revision nur einen Schluß zulassen, nicht für beweiskräftig hält, von der Revision vorgeschrieben wird, entgegen seiner eigenen Überzeugung zu entscheiden.

---

1) Vgl. RGZ 84, 385; Ehrlicher,S. 21, 43; J.P.Schmidt, S. 173, Grunsky, S. 392; Blomeyer (Lehrbuch) § 73 I; nach Schneider (Beweis) S. 58, nimmt der prima facie-Beweis eine Mittelstellung zwischen § 286 u. § 287 ZPO ein. Wassermeyer wirft der Rechtsprechung vor, sie begnüge sich beim prima facie-Beweis mit der bloßen Wahrscheinlichkeit, vgl. NJW 1954, S. 119

2) So ausdrücklich Grunsky, S. 392

3) Vgl. RGZ 138, 37; Rosenberg-Schwab, § 114, 3; Kollhosser (Diss.) S. 105 ff.; Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 20 (m.w.N.); Diederichsen, VersR 66, 211 (bes. S. 210); ders. ZZP 81, S. 45 (65); ders. (Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II, Teil E, S. 77-82. Zum älteren Meinungsstand Ehrlicher, S. 38-49; Nach Ehrlicher, S. 1, handelt es sich weder um Beweislast noch um Beweiswürdigungsregeln. Vielmehr gehe es beim prima facie-Beweis um die Durchsetzung des Prinzips der Billigkeit auf dem Gebiet des Prozeßrechts. Daß Billigkeitserwägungen die Entwicklung des prima facie-Beweises beeinfluß haben, ist nicht zu bezweifeln. Es geht aber gerade um die Frage, ob das durch die Aufstellung von Beweiswürdigungs- oder Beweislastregeln alle erfolgt ist. Ausf. zum Verhältnis zwischen Beweislastregeln u. Beweiswürdigungsregeln BGH NJW 72,S.205

2. Zu einer Kollision mit dem im herkömmlichen Sinne verstandenen Begriff der freien Überzeugung kommt es nicht, wenn es sich bei den Regeln über den Beweis des ersten Anscheins nicht um Beweiswürdigungs-, sondern um Beweislastregeln handelt. In der Tat wird zum Teil angenommen, daß es sich bei ihnen nicht um Beweiswürdigungs-, sondern um Beweislastregeln handelt.[1] Die Anhänger dieser Auffassung können zwei Dinge für sich in Anspruch nehmen. Erstens stellt sich, wie bereits angeführt, für sie das Problem nicht, wie die Bindung des Richters an die Erfahrungssätze mit dem Prinzip, daß er nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, in Einklang zu bringen ist. Sodann kann diese Auffassung zwanglos erklären, daß Verstöße gegen die Grundsätze des prima facie-Beweises der Revision unterliegen. Als Beweisregeln sind die Grundsätze über den prima facie-Beweis Rechtsnormen.[2] Wird gegen sie

---

1) Vgl. Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 20, S. 76; Heinsheimer (Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht) 13, S. 6; Rabel (Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht) 12, S. 436; Sebba, HRZ 1918, 415, 416.
(Die letzten drei zitiert nach E. Pawlowski, S.5 Anm.21)

2) Zur Frage, ob es sich bei den als Beweislastregeln qualifizierten Grundsätzen des Anscheinbeweises um materiellrechtliche oder prozeßrechtliche Regeln handelt vgl. Diederichsen, VersR 66, 211 ff. bes. S. 222; vgl. auch Blomeyer (Gutachten) S. 28-30

verstoßen, ist das Recht im Sinne des § 539 ZPO verletzt.

Trotz dieser unbestreitbaren Vorzüge kann der Meinung nicht gefolgt werden. Sie wird dem Wesen und der Funktion des Anscheinbeweises nicht gerecht. Sicher wäre es denkbar gewesen, daß die Rechtsprechung die Probleme, die sich bei der Beurteilung von Sachverhalten ergeben, die ihrer Natur und Anlage nach nicht bis in alle Einzelheiten aufklärbar sind, nicht durch die Reglementierung der Tatsachenfeststellung, sondern durch die Aufstellung elastischer Beweislastregeln gelöst hätte.[1] Diesen Weg ist sie indes nicht gegangen. Der Anscheinsbeweis ist gerade entwickelt worden, um ein non liquet bei der Sachverhaltsfeststellung und damit eine Entscheidung nach der Beweislast grundsätzlich zu verhindern.[2] Die bestehenden Beweislastregeln, nach denen grundsätzlich in diesen Fällen der Kläger die Beweislast hat, wurden der besonderen Sachlage bei der Beurteilung gerade von Schiffszusammenstößen nicht gerecht. Seit 1913 sah sich die Rechtsprechung zudem an der Entwicklung und dem Ausbau eines modifizierten Beweislastsystems allein schon aufgrund internationaler

---

1) Nach ganz h.M. ist es unzulässig, die Beweislast durch den Richter je nach Lage des einzelnen Prozesses verteilen zu lassen. Vgl. Rosenberg (Beweislast) S. 64, 65, 98; Schneider, DRiZ 1966, S. 281, 282; Korsch, S. 84; Pohle, MDR 1949, S. 388, 389; Theuerkauf, MDR 62, 451.

2) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 114, 3 a

Vereinbarungen gehindert.[1] Schon aus diesem Grunde konnte die Rechtsprechung von nun an nur über den Weg der Tatsachenfeststellung das Problem bewältigen.

Da das Verhältnis zwischen der freien Überzeugung und der Bindung an die Erfahrungssätze vom Gesetzgeber nicht geregelt worden ist[2] und schon von Anfang an umstritten war, bot es sich vom methodischen Ansatz her eher an, die in § 286 ZPO nur unvollkommen geregelte Art der Sachverhaltsfeststellung zu vervollständigen und zu verfeinern, als das bereits festgefügte System der Beweislast auszubauen. Gegen die Qualifizierung als Beweislastregel spricht ferner, daß sie den Beweiswert der dem prima facie-Beweis zugrunde liegenden Erfahrungssätze überschätzt. Wenn sich die Rechtsprechung bei der Entwicklung des prima facie-Beweises darauf beschränkt hätte, nur solche Erfahrungssätze zuzulassen, die in ihrem Beweiswert demjenigen naturwissenschaftlicher Erkenntnisse nahekommen,so wäre es vertretbar, diese als Beweislastregeln anzusehen. In diesem Fall wäre es gerechtfertigt, den Beklagten mit der Beweislast zu belasten und ihm aufzugeben, den Gegenteilsbeweis zu führen. Da die Rechtsprechung den Kreis

---

1) Das internationale Abkommen vom 23. 9. 1910 (Brüsseler Abkommen) (RGBL 1913, S. 49 ff.) verbot gesetzliche Beweisregelungen. Aufgrund dieses Abkommens wurde durch Gesetz vom 7. Jan. 1913 (RGBL 1913, S. 90 ff.) der § 735 HGB gestrichen. Nach dieser Vorschrift wurde vermutet, daß es eine Folge des Zusammenstoßes sei, wenn ein Schiff nach einer Kollision gesunken ist, bevor es einen Hafen erreichen konnte.
Einzelheiten bei Smid, S. 21

2) Vgl. oben S. 104 ff

der Erfahrungssätze aber auch auf solche ausgedehnt hat, denen, wenn überhaupt, allenfalls eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zukommt, muß es genügen, daß der Beklagte die nur vorläufige Überzeugung des Richters dadurch erschüttert, daß er die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs beweist.[1] Damit wird die ursprüngliche Beweislage wieder hergestellt. Der Kläger muß, ohne daß ihm die Hilfe des prima facie-Beweises zugute kommt, den vollen Beweis erbringen.

Innerhalb der Diskussion um die dogmatische Einordnung des prima facie-Beweises nimmt Enka Pawlowski eine Sonderstellung ein. Nach ihrer Auffassung verbergen sich unter dem Oberbegriff prima facie-Beweis verschiedene, sachlich getrennte Phänomene. Nur ausnahmsweise gehe es bei dem prima facie-Beweis um die Sachverhaltsfeststellung. In diesen Fällen handele es sich aber nicht um einen prima facie-Beweis, also um eine Irgendwie-Feststellung, sondern um einen Indizienbeweis,[2] da der Beweis von einer unstreitigen Tatsache auf eine streitige lückenlos geführt werden könne. In den beiden Hauptanwendungsgebieten des prima facie-Beweises, nämlich bei den Fragen, ob die Handlung des Schädigers kausal für den eingetretenen Erfolg sei und ob den Schädiger ein Verschulden treffe, gehe

---

1) Vgl. unten S.124 ff
Im übrigen erscheint zweifelhaft, ob überhaupt die ernsthafte Möglichkeit bewiesen werden muß.
Vgl. dazu das aufschlußreiche Beispiel von Kollhosser, AcP, 167 Bd. (1967), S. 453

2) E. Pawlowski, S. 54 ff., S. 58; vgl. dazu Diederichsen, ZZP 81, S. 45 ff. (59)

es bereits um die materiellrechtliche Qualifizierung eines tatsächlich unstreitigen Sachverhalts. In den Fällen, in denen nach h.M. der prima facie-Beweis zur Feststellung des Kausalzusammenhanges dient, werde bei richtiger Betrachtungsweise die Rechtswidrigkeit der schadenstiftenden Handlung festgestellt.[1] Die Funktion des prima facie-Beweises bestehe nicht darin, Tatsachen psychischer Art festzustellen, aus denen anschließend im Wege der rechtlichen Qualifizierung ein Fahrlässigkeitsvorwurf hergeleitet wird.[2] Durch den prima facie-Beweis werde vielmehr unmittelbar der materiellrechtliche Begriff der Fahrlässigkeit modifiziert. Es werde nämlich von dem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm ohne Berücksichtigung einer inneren wirklichen Schuld unmittelbar auf das Verschulden geschlossen. Damit werde der Schuldbegriff objektiviert. Bei dieser Sicht des prima facie-Beweises stellt sich die Frage, wie er mit § 286 ZPO zu vereinbaren ist, nicht. Der Auffassung von Enka Pawlowski kann nicht gefolgt werden, da sie nicht hinreichend berücksichtigt, in welchen Fällen und zu welchem Ziel die Rechtsprechung die Grundsätze des prima facie-Beweises angewandt hat. Enka Pawlowski geht zwar selbst davon aus, die Eigenart des prima facie-Beweises könne nur durch eine Untersuchung der Rechtsprechung ergründet werden.[3]

---

1) E.Pawlowski, S. 13-58, (bes. S. 14 - 17) S. 21, 37, 57; vgl. dazu Diederichsen, ZZP 81, S. 56-62
2) E.Pawlowski, S. 58 - 67
3) E.Pawlowski, S. 1

Die Richtigkeit ihres Ausgangspunktes, daß nämlich in den Hauptanwendungsfällen des prima facie-Beweises der zugrunde liegende Sachverhalt unstreitig sei, wird aber durch die Entscheidungen, in denen der prima facie-Beweis zur Anwendung gekommen ist, widerlegt. Die Rechtsprechung hat den prima facie-Beweis gerade entwickelt, weil die Tatsachenrichter ihre Zweifel bei der Kausalitäts- und Schuldfeststellung nicht überwinden konnten.[1] Das ist bei der Frage der Kausalität eindeutig. Zweifel können sich allenfalls bei der Fahrlässigkeit ergeben. Aber auch über das Verschulden kann nur entschieden werden, wenn zunächst ein tatsächliches Verhalten bewiesen wird. Dazu ist grundsätzlich eine konkrete Feststellung erforderlich. Bei einem Großteil der Sachverhalte ist eine solche konkrete Feststellung nicht möglich. Damit müßte der Richter zu einem non liquet kommen und die Entscheidung den Beweisregeln überlassen. Dies zu verhindern, ist Hauptfunktion des prima facie-Beweises. Der Richter darf sich bei typischen Geschehensabläufen mit der Feststellung begnügen, daß irgendein Verhalten mit der verkehrsmäßigen Sorgfalt nicht im Einklang steht. Damit wird die Fahrlässigkeit als Rechtsbegriff aber nicht unmittelbar zum Gegenstand des Beweises. Festgestellt wird vielmehr irgendein tatsächliches Verhalten. Die richterliche Beurteilung als Verschulden setzt erst nach dieser Feststellung ein. Daß der Richter ausnahmsweise den Schuldvorwurf nicht an ein konkretes Verhalten zu knüpfen braucht, ist gerechtfertigt, weil sämtliche Verhaltungsweisen, die bei

---

1) Vgl.oben S. 119/120

verständiger Würdigung in dieser Situation in Betracht kommen, als schuldhaft zu bewerten wären.[1)]

3. Mit der h.M. sind demnach die Regeln des Anscheinsbeweises als Beweiswürdigungsregeln anzusehen. Damit muß die Frage beantwortet werden, in welchem Verhältnis sie zum Prinzip der freien Beweiswürdigung stehen.
Da es, wie ausgeführt, zum Wesen des Anscheinsbeweises gehört,[2)] daß er den Hergang nicht mit derselben Ausschließlichkeit festzulegen vermag wie der strikte Beweis, liegt der Schluß nahe, daß der Anscheinbeweis zu einer Herabsetzung des allgemein gültigen Beweismaßstabes führt. Diese Konsequenz zieht die h.M. indes nicht.[3)] Sie verlangt auch beim Anscheinsbeweis die volle Überzeugung des Richters.[4)] Der Richter darf also nur zur Feststellung kommen, wenn er jeden realen Zweifel an der Richtigkeit der Tatsache überwunden hat. Das ist auch bei Sachverhalten möglich,

---

1) Vgl. Blomeyer (Gutachten) S. 23; Henke (Tatfrage) S. 169 ff.
E. Pawslowski's Auffassung beruht m.E. letztlich auf dem Gedanken, daß bei fahrlässigem Verhalten zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung nicht getrennt werden kann. Daß diese Auffassung unrichtig ist, ist bereits oben S.18 dargelegt worden.
2) Wenn die Einzelheiten feststehen hängt die weitere Beurteilung von den konkreten Umständen ab, zu denen der Richter kraft seiner Überzeugung abschließend Stellung zu nehmen hat. Beim Indizienbeweis wird demnach der Richter nicht gezwungen, der Beweiswürdigung bestimmte Erfahrungssätze zugrunde zu legen. Vgl. RGZ 130, 359; 157, 87; 159, 239 (240).
3) Zur Gegenansicht vgl. S.120, Anm.1 und 2
4) Grundlegend RGZ 134, 237 (241, 242); RGZ 98, 59; RGZ 157, 98; RG JW 36, 1444 u. 1968; BGH NJW 1951, 360; NJW 51, 195; NJW 53, 584; BGH VersR 58, 91; 56, 697; 57, 268; BGH VRS 8, 345; BGH ZZP 70. Bd. 259 ff.
vgl. ferner Kollhosser (Diss.) S. 116; Hainmüller, S. 25; Döhring, S. 460; vgl. auch Diederichsen, ZZP 81, S. 45 (63)

die von ihrer ganzen Anlage und Natur her nicht voll aufklärbar sind. Dann muß allerdings der bei der Beurteilung des streitigen Sachverhaltes zugrunde gelegte Erfahrungssatz so stark sein, daß ein verständiger Mensch nicht mehr den leisesten realen Zweifel an der Richtigkeit der aus dem bewiesenen Sachverhalt gezogenen Schlußfolgerung hat. Die Rechtsprechung hat sich indes nicht darauf beschränkt, den Tatrichter an solche, in ihrem Beweiswert den Naturgesetzen nahekommenden Erfahrungssätze zu binden. Sie zwingt viel mehr den Tatrichter zur Beachtung solcher Erfahrungssätze, deren Beweiswert durchaus unterschiedlich beurteilt werden kann. Das mag an einigen Beispielen verdeutlicht werden, die in der Rechtsprechung zum prima facie-Beweis keineswegs eine Sonderstellung einnahmen, sondern typisch für die Tendenz der Rechtsprechung sind, den Kreis der Erfahrungssätze immer weiter auszudehnen.[1)]

---

1) Vgl. Kollhosser, ACP 167, 454
a.A. Blomeyer (Gutachten) S. 54
Wenn die Rechtsprechung sich tatsächlich auf die Überprüfung beschränkte, ob die Vorinstanz besondere sichere Erfahrungssätze, Sätze also, die in ihrem Beweiswert denjenigen naturwissenschaftlicher Erkenntnise nahekommen, beachtet hat, so könnte es gar nicht zu einer derartig großen Anzahl von Entscheidungen zum prima facie-Beweis (nach Hainmüller, S, 88 ergeht wöchentlich eine Entscheidung) kommen, da es äußerst unwahrscheinlich ist, daß die Oberlandesgerichte bei der Beweiswürdigung besonders sichere Erfahrungssätze übersehen.

In der sogenannten Auffahrunfall-Entscheidung[1] stand fest, daß ein ca. 71 km/h fahrender LKW bei Dunkelheit auf der Autobahn einen VW, der ca. 39 km/h fuhr, überrollt hatte. Unstreitig war ferner, daß der VW im zweiten Gang fuhr und daß rechts neben der Fahrbahn ein ca. 2,50 m breites Bankett vorhanden war. Der beklagte LKW-Fahrer hatte behauptet, der VW-Fahrer sei plötzlich von dem Randstreifen auf die Fahrbahn eingebogen. Bei dieser Sachlage hatte sich das Berufungsgericht nicht davon überzeugen können, daß der LKW-Fahrer den Unfall verschuldet hatte. Das Urteil wurde vom Bundesgerichtshof aufgehoben.
Der Bundesgerichtshof nahm an, daß auch bei dieser Fallgestaltung die Grundsätze des Anscheinsbeweises eingreifen. Durch das bloße Aufzeigen anderer Möglichkeiten werde er nicht ausgeräumt. Vielmehr müsse derjenige, gegen den der Beweis des ersten Anscheins spreche, Umstände beweisen, die ernsthaft damit rechnen lassen, daß die Ereignisse tatsächlich einen ganz bestimmten, vom ersten Anschein abweichenden Verlauf genommen haben könnten. Da der LKW-Fahrer solche Umstände nicht bewiesen habe, müsse das Berufungsgericht davon überzeugt sein, daß der Unfall auf irgendein schuldhaftes Verhalten des LKW-Fahrers zurückzuführen sei.
Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erfahrungssätze lauten: Auch wenn ein PKW im zweiten Gang mit 39 km/h auf gerader Strecke die mit einem Blankett versehene Autobahn befährt, ist davon auszugehen, daß er nicht unmittelbar vor dem Unfall vom Blankett auf die Fahrbahn gefahren ist. Bei dieser Sachlage ist

---

1) BGH LM Nr. 53 (C) zu § 286 ZPO = VersR 64, 233; Vgl. Blomeyer (Gutachten) S. 31-32

ferner anzunehmen, daß der auffahrende LKW-Fahrer aufgrund irgendeines Verhaltens nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat. Über den Beweiswert dieses Satzes läßt sich streiten. Es kann jedenfalls nicht in Abrede gestellt werden, daß bei dieser Sachgestaltung durchaus reale Zweifel an der Richtigkeit des vom Bundesgerichtshof gezogenen Beschlusses bestehen. Wie die Entscheidung der Vorinstanz zeigt, haben die Richter offenbar denn auch nicht ihre realen Zweifel überwinden können und deswegen eine Feststellung abgelehnt. Wenn der Bundesgerichtshof den Tatrichter anweist, in diesem Fall überzeugt zu sein, so setzt er sich damit in klaren Widerspruch zu seinem eigenen Verständnis vom Wesen der richterlichen Überzeugung.

In dem sogenannten Neerstromfall[1] war es auf dem Dortmund-Ems-Kanal zu einer Kollision zwischen zwei geschleppten Kähnen gekommen, Der eine Schlepper schleppte zwei Kähne stromaufwärts, der andere Schlepper einen Kahn stromabwärts. Beide Schlepper gaben Steuerbordsignal und passierten einander an backbord in etwa 5 m Abstand. Nachdem der eine Schlepper mit einem der geschleppten Kähne den Talfahrer bereits passiert hatte, schor der zweite Schleppkahn des Bergfahrers plötzlich auf seiner Fahrtrichtung scharf nach backbord aus und rammte den zu Tal fahrenden Schleppkahn an seinem Backbordbug. Dieser wurde so schwer beschädigt, daß er nach der Kollision auf Grund gesetzt wurde. Der Unfall ereignete

---

1) BGHZ 6, 169 (171); vgl. dazu Blomeyer (Gutachten) S. 32-33

sich zwischen km 198 - 198,3. Zwischen km 198,130 - 198,140 befindet sich eine nicht markierte Untiefe. Die gerichtlichen Sachverständigen hatten bestätigt, daß der Unfall möglicherweise nicht auf falscher Ruderführung, sondern auf einen, durch die Untiefe verursachten Neerstrom und auf den dadurch verursachten Sog zurückzuführen sei. Das Schiffahrtsobergericht erklärte sich nach eingehender Würdigung der umfangreichen Beweisaufnahme außerstande, die Unfallstelle mit ausreichender Sicherheit bei km 198,130 - 198,140 anzunehmen. Allerdings sprach nach Auffassung des Gerichts die größere Wahrscheinlichkeit dafür, daß es zu der Kollision gerade an der Untiefe gekommen sei. Bei dieser Sachlage konnte das Oberlandesgericht nicht die Überzeugung gewinnen, daß das Ausscheren auf falsche Ruderführung, also auf einem Verschulden beruhe. Es hatte demgemäß die Klage abgewiesen.
Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung aufgehoben und den Rechtsfall an das Oberlandesgericht zurückgewiesen. In Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht hat er ausgeführt, der typische Ablauf der Kollision spreche nach allgemeiner Lebenserfahrung für eine falsche Ruderführung und somit für ein Verschulden der Schiffsleitung. Um diesen Beweis zu entkräften, müsse der Beklagte die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschensablaufs beweisen. Seine Sache sei es darzutun, daß die Kollision gerade an der Stelle, die der Sogwirkung ausgesetzt war, stattgefunden habe. Da er das nicht getan habe, sei nach den Grundsätzen des Anscheinbeweises von seinem Verschulden auszugehen. Die Entscheidung beruht auf folgender Überlegung: Die meisten Stellen des Dortmund-Ems-Kanals weisen keinen Sog auf, der in der Lage wäre, Schiffe plötzlich aus der Fahrtrichtung aus-

scheren zu lassen. Deshalb beruht der Unfall im Regelfall auf falscher Ruderführung. In dieser Allgemeinheit sind die Sätze nicht zu beanstanden. Die Frage ist lediglich, ob sie auch dann Gültigkeit besitzen, wenn, wie hier, feststeht, daß sich in unmittelbarer Nähe des Unfallortes ein Neerstrom befindet. Das Berufungsgericht war sogar, und zwar nach eingehender und sorgfältiger Würdigung der umfangreichen Beweisaufnahme, zu dem Ergebnis gekommen, die größere Wahrscheinlichkeit spreche dafür, daß der Unfall gerade an der Stelle geschehen sei, an der die Sogwirkung auftritt. Kann auch bei dieser Sachlage noch von einem typischen Geschehensablauf gesprochen werden, der für den verständigen Beobachter nur den Schluß zuläßt, das Ruder sei nicht richtig geführt worden?

Der Bundesgerichtshof kommt, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, deswegen zu einem Verschulden des Beklagten, weil er bei der Frage des typischen Geschehensablaufs den Ort der Kollision für unerheblich hält.[1)] Feststehende Tatsachen sind aber als Indizien bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Der Bundesgerichtshof hätte also nicht von dem nicht zu beanstandenden Erfahrungssatz ausgehen dürfen, das Ausscheren eines Schiffes bei gerader Strecke sei auf falsche Ruderführung zurückzuführen. Der Erfahrungssatz, der der Entscheidung bei richtiger Betrachtungsweise zugrunde liegt, lautet: Daß das Ausscheren eines Schiffes auf gerader Strecke auf falsche Ruderführung zurückzuführen ist, gilt auch dann, wenn das Ausscheren an einer Stelle erfolgt,

---

1) Vgl. BGHZ 6, 169 (171); vgl. dazu auch BHG MDR 70, 398 = BGH LM Nr. 8 zu § 249 (J) BGB; BGH MDR 71, 1001

an der sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Neerstrom befindet.
Über die Beweiskraft dieses Erfahrungssatzes läßt sich aber durchaus streiten. Mit dem herkömmlichen Verständnis der richterlichen Überzeugung ist es nicht zu vereinbaren, wenn der Bundesgerichtshof seine eigene Auffassung über den Beweiswert dieses Erfahrungssatzes an die Stelle der vom Berufungsgericht nach, wie der Bundesgerichtshof ihm selbst bestätigt, eingehender Würdigung der umfangreichen Beweisaufnahme gewonnenen Überzeugung setzt.
In BGH LM Nr. 62 a (C) zu § 286 ZPO ging es um die Verschuldenshaftung eines Kraftfahrzeugführers, der bei Glatteis die Herrschaft über einen LKW verloren hatte. Der Lastzug des Beklagten war auf der Autobahn von der Normal- auf die Überholspur abgerutscht. Dadurch waren beide Fahrbahnen gesperrt worden. Zur Unfallzeit herrschte bereits auf einer längeren Strecke vor der Unfallstelle Eisglätte, der nicht durch Streuen begegnet worden war. Das war dem Fahrer des LKW bekannt. Er fuhr im Unfallbereich in der seitlich um 5 % überhöhten Kurve auf der 2,5 % abfallenden Normalspur mit einer Geschwindigkeit von 20 km/h, die allmählich auf 16 km/h verzögert wurde. Das Berufungsgericht war bei der Würdigung des Sachverhalts von dem nicht zu beanstandenden Satz ausgegangen, daß es typischerweise auf einen Mangel der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hinweist, wenn ein Kraftfahrer bei der Fahrt auf einer eisglatten Straße mit seinem Fahrzeug rutschend von seiner Fahrbahn abkommt und auf die Gegenfahrbahn oder, was dem gleichzustellen ist, auf die Überholfahrbahn einer Autobahn gelangt und dort mit einem anderen Fahrzeug zusammenstößt. Im Hinblick auf die langsame Fahrweise des Fahrers und die Besonderheiten der Straßenführung an der Unfallstelle kam nach Auffassung des Berufungs-

gerichts diesem Erfahrungssatz im konkreten Fall keine Gültigkeit zu, da der dazu erforderliche typische Geschehensablauf fehlte.
Der Bundesgerichtshof hat die Beweiswürdigung beanstandet. Nach seiner Auffassung reichten die feststehenden Tatsachen zur Entlastung des Beklagten nicht aus. Trotz des Gefälles von 2,5 %, trotz der zur Glatteisbildung hinzutretenden gefahrensteigernden Kurvenerhöhung von 5 %, und trotz der nur zunächst 20 km/h und später 16 km/h betragenden Geschwindigkeit sei davon auszugehen, daß das Abrutschen des LKW auf irgendein fehlerhaftes Verhalten des Fahrers zurückzuführen sei.
Der Erfahrungssatz, der dieser Entscheidung zugrunde liegt, lautet: Der Fahrer eines LKW beachtet auch dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht, wenn er auf einer um 2,5 % abfallenden Bundesautobahn in einer um 5 % seitlich überhöhten Kurve bei Glatteis mit einer Geschwindigkeit von nur zunächst 20 km/h und später 16 km/h auf die Überholfahrbahn abrutscht. Der Beweiswert dieses Erfahrungssatzes war vom Berufungsgericht anders beurteilt worden als vom Bundesgerichtshof. Die Frage, welche Entscheidung richtig war, kann hier offen bleiben. Festzustellen ist jedenfalls, daß sich der Bundesgerichtshof mit seiner eigenen Auffassung vom Wesen der richterlichen Überzeugung in Widerspruch setzt, wenn er die aufgrund umfassender und sorgfältiger Beweiswürdigung gewonnene Überzeugung des Berufungsgerichts nicht gelten läßt und den Tatsachenrichter zwingt, entgegen seiner Überzeugung zu entscheiden.

4. Die Beantwortung der Frage, wie dies mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu vereinbaren ist, hängt vom Verständnis des Merkmals der freien Überzeugung ab.

Wenn man mit der Rechtsprechung und der ganz h. M. in der Literatur Überzeugung als subjektive Gewißheit versteht, die durch einen, zumindest teilweise irrational geprägten Persönlichkeitsakt gewonnen wird, so läßt es sich damit nicht vereinbaren, daß der Revisionsrichter seine eigene Überzeugung an die Stelle derjenigen des Tatsachenrichters setzt. Demnach läge ein Verstoß gegen § 286 ZPO vor.

Diese Konsequenz wird in der neueren Literatur allein von Wassermeyer gezogen.[1] Wassermeyer verlangt - und insofern befindet er sich in Übereinstimmung mit der h. M. - auch beim prima facie-Kausalitätsbeweis die volle Überzeugung des Richters.[2] Von erleichterter Beweisführung oder von verminderten Anforderungen an die Überzeugungsbildung könne nicht gesprochen werden. Um die vom Gesetz geforderte subjektive Gewißheit zu erlangen, sei der Richter, wie jeder andere Wissenschaftler, der einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt aufzuklären habe, zwar auf die Erfahrungssätze angewiesen. Diese beinhalteten

---

1) Nach Wassermeyer setzt das Eingreifen des prima facie-Kausalitätsbeweises ein non liquet voraus. (prima facie-Beweis, S. 2) Damit ist die Funktion des prima facie-Beweises verkannt. Durch ihn soll gerade ein non liquet verhindert werden.
Den prima facie-Schuldbeweis hält er für einen Indizienbeweis, der ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand hat. (a.a.O. S. 26)
Dies beruht m.E. bereits auf der verfehlten Vorstellung, bei fahrlässigem Verhalten könne nicht zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung getrennt werden.

2) Vgl. Wassermeyer, a.a.O., S. 24

indes keinen objektiv bestimmbaren Beweiswert. Deswegen müsse es allein Sache des Tatsachenrichters sein, zu entscheiden, ob ein Erfahrungssatz so beweiskräftig sei, daß er ihm erlaube, seine Zweifel zu überwinden.[1] Wenn der Richter nach erschöpfender Würdigung des Verhandlungsergebnisses sich nicht habe überzeugen können, sei es undenkbar, daß er anschließend trotz gleichbleibenden Verhandlungsergebnisses vom Revisionsrichter angewiesen werde, überzeugt zu sein.[2]

Nach Wassermeyer entscheidet allein das richterliche Gewissen darüber, ob eine Tatsache als festgestellt anzusehen ist oder nicht. Der Richter sei bei der Beweiswürdigung nur durch die Beachtung des Erschöpfungsgrundsatzes beschränkt.[3] Andere rechtliche Schranken seien ihm nicht gesetzt.

Wassermeyer erkennt klar, daß die Bindung an die Erfahrungssätze mit dem herkömmlichen Verständnis des Wesens der richterlichen Überzeugung nicht zu vereinbaren ist. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß der Richter an spezielle, besonders beweiskräftige Erfahrungssätze nicht gebunden ist. Vielmehr stellt sich die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal Überzeugung nicht im Hinblick auf die ratio legis des § 286 ZPO neu bestimmt werden muß, und zwar in einer Weise, die es ermöglicht, die Bindung des Richters an bestimmte Erfahrungssätze mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu vereinbaren.

---

1) Wassermeyer (prima facie-Beweis) S. 24
2) Wassermeyer, a.a.O. S. 5
3) Wassermeyer, a.a.O. S. 24, besonders S. 54

Daß der Richter bei der Tatsachenfeststellung, von der Beachtung des Erschöpfungsgrundsatzes abgesehen, allein seinem Gewissen unterworfen ist, kann Wassermeyer nicht zugegeben werden.[1] Diese Auffassung läuft darauf hinaus, daß eine Tatsachenfeststellung, sofern sie der Richter nur nach bestem Wissen und Gewissen getroffen hat, selbst dann nicht angegriffen werden kann, wenn sie unter Nichtbeachtung von Denkgesetzen oder naturwissenschaftlich anerkannten Erkenntnissen erfolgt. Das gewissenhafte Bemühen um die Feststellung der Wahrheit genügte nur dann, wenn dem Spruch des Richters allein aufgrund dessen Stellung bereits soviel Autorität zukäme, daß er von den Betroffenen nicht angezweifelt würde. Auf dieser Vorstellung beruht § 286 ZPO indes nicht. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung ist nicht deswegen eingeführt worden, um die Autorität des Tatsachenrichters zu stärken. Das neue Beweisprinzip sollte lediglich die Wahrheitsfindung erleichtern, wobei es nicht ausreichte, daß der Richter aufgrund seiner spezifisch persönlichen Einstellung etwas als wahr ansah. Der Richter mußte vielmehr nach § 286 Abs. 1, S. 2 ZPO begründen, warum er eine Tatsache als festgestellt ansah. Er mußte also darlegen, daß er sich bei der Tatsachenfeststellung der allgemein anerkannten Hilfsmittel bedient hatte. Dazu gehören die Anwendung der Denkgesetze und der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und, nicht zuletzt, auch die Beachtung von allgemein anerkannten Erfahrungssätzen. Die Auffassung Wassermeyers, nach der der Richter in keiner Weise an Erfahrungssätze gebunden ist, legt dem

---

1) Ablehnend auch Blomeyer (Gutachten) S. 24; Prölls, S. 12; Rosenberg-Schwab, § 114, 3 a; Schwab JZ 1955, 255

irrationalen Moment der richterlichen Überzeugungsbildung zu großes Gewicht bei. Sie verkennt damit den Sinn und Zweck des § 286 ZPO und berücksichtigt auch zu wenig den Begründungszwang.

Der zwischen freier Beweiswürdigung und Bindung an die Erfahrungssätze bestehende Widerspruch ist am schärfsten von Kollhosser herausgestellt worden.[1] Kollhosser geht bei seiner Kritik von dem in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Satz aus, der Anscheinsbeweis sei ausschließlich dem Bereich der Beweiswürdigung zuzurechnen und verlange wie jeder andere Beweis die volle Überzeugung des Richters. Wenn dem so sei, so stelle sich notwendigerweise die Frage, wie die Grundsätze des Anscheinbeweises mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung zu vereinbaren seien. Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem fehle in der Rechtsprechung völlig.[2] Die Rechtsprechung habe vielmehr unter Mißachtung des § 286 ZPO für den Anscheinsbeweis besondere Beweiswürdigungsregeln aufgestellt, durch die das tatrichterliche Ermessen eingeschränkt werde .[3] Daß beim Anscheinsbeweis trotz dessen Apostrophierung als Beweiswürdigungsregel nicht nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen des § 286 ZPO verfahren werde, zeige sich besonders deutlich daran, daß die Rechtsprechung streng zwischen Indizien und Anscheinsbeweis trenne

---

1) Kollhosser (Diss.) S. 1 ff.
2) Ders. a.a.O. S. 52
3) Ders. a.a.O. S. 52

und beide nach unterschiedlichen Kriterien würdige,[1] obwohl für beide einheitlich nach § 286 ZPO zu verfahren sei.

Kollhosser geht vom herkömmlichen Verständnis der richterlichen Überzeugung aus. Es sei grundsätzlich Sache des Tatrichters, darüber zu entscheiden, wann er die subjektive Gewißheit von der Richtigkeit einer Tatsache gewonnen habe. Wenn ihm vom Revisionsgericht zwingend vorgeschrieben werde, "wann (und ggf. wie lange) er überzeugt sein müsse, dann sei die Beweiswürdigung nicht mehr frei, sondern gebunden, die Überzeugungsbildung nicht mehr subjektiv, sondern verobjektiviert".[2]

Im Unterschied zu Wassermeyer hält er die Bindung des Tatrichters an spezielle Erfahrungssätze mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung für vereinbar. Dazu hätte es seiner Ansicht nach aber nicht der Entwicklung des Anscheinsbeweises bedurft.[3] Dieser wahre nicht hinreichend den Zusammenhang mit § 286 ZPO und werfe zudem zahlreiche Zweifelsfragen auf.[4]

---

1) Kollhosser (Diss.) S. 54; vgl. zur Rechtsprechung BGH VersR 56, 276; bes. BGH NJW 70, 1038. Dort änderte eine 7 1/2-jährige Radfahrerin unvermittelt ihre Richtung und fuhr nach links. Nach dem BGH sind die Grundsätze des Anscheinsbeweises nur beschränkt anwendbar, wenn ausnahmsweise außer den objektiven auch die subjektiven (personalen) Besonderheiten des Schädigers berücksichtigt werden müssen. In diesem Fall ist die Frage, ob die Beklagte 7 1/2-jährige schuldunfähig war, nach freier Überzeugung zu entscheiden. Bei der Frage, ob das plötzliche Ausscheren nach links auf irgendeinem fahrlässigen Verhalten beruhte, ist der Tatrichter hingegen an die Grundsätze des Anscheinsbeweises gebunden.

2) Kollhosser a.a.O., S. 109

3) Kollhosser a.a.O., S. 123

4) Kollhosser a.a.O., S. 75-92 (bes. S. 87-92): Abgrenzung zwischen Indizien- u. Anscheinsbeweis sei schwierig. Der typische Geschehensablauf erwecke den Anschein eines objektiven Kriteriums, sei es tatsächlich aber nicht. Es sei nicht einzusehen, warum die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes bewiesen werden müsse. Freie Beweiswürdigung und Bindung an spezielle Erfahrungssätze seien nur schwer miteinander zu vereinbaren.

Inhalt und Grenzen des Prinzips der freien Beweiswürdigung seien anhand des § 286 ZPO selbst zu bestimmen. Die Vorschrift gebe dem Tatsachenrichter auf, die materielle Wahrheit einer Tatsache festzustellen. Das könne er nur, wenn er überzeugungskräftige, allgemein anerkannte Erfahrungssätze bei der Tatsachenfeststellung berücksichtige. Welchen Beweiswert diese Erfahrungssätze im konkreten Fall hätten, sei allerdings allein Sache des Tatrichters. Damit kommt Kollhosser zu dem Ergebnis, daß die Beweiswürdigung zu beanstanden ist, wenn der Richter einen existierenden Erfahrungssatz nicht anwendet bzw. einen nicht existierenden Erfahrungssatz der Beweiswürdigung zugrunde gelegt hat.[1] Die Bindung des Richters an spezielle Erfahrungssätze hält Kollhosser im Interesse der Rechtssicherheit für unbedingt erforderlich.[2] Daß damit die subjektive Beurteilung durch den Richter, die durch seine Veranlagung, seine Herkunft, seine Ausbildung beeinflußt werden kann, zu Gunsten einer Objektivierung der Beweiswürdigung zurückgedrängt wird, wird von Kollhosser klar erkannt. Dennoch hält Kollhosser

---

1) Vgl. dazu Blomeyer (Gutachten) S. 25/26.
2) Vgl. Kollhosser (Diss.) S. 105 - 115 (bes. S. 105, 107, 108; vgl. dazu auch Blomeyer a.a.O., S. 27; auch nach Henke, ZZP 82, 196 ff., 221, 245 muß die Revision, um ein Gegengewicht gegen die persönliche Komponente des Tatrichters zu schaffen, die Befugnis haben, den Beweiswürdigungspielraum auf das vernünftige Maß zu beschränken. Dies erscheint ihm auch zur Entwicklung einheitlicher Beweiswürdigungsmethoden für unbedingt erforderlich. (S. 246)

am herkömmlichen Verständnis der richterlichen Überzeugung fest. Der Tatrichter muß danach die subjektive Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt haben. Damit ist Kollhosser, ebenso wie die h.M., vor das Problem gestellt, wie die Bindung des Richters an die Erfahrungssätze dogmatisch zu rechtfertigen ist.

Nach seiner Auffassung hat sich durch die von der Rechtsprechung seit Jahrzehnten geübte Praxis, den Richter an bestimmte Erfahrungssätze zu binden, ein Gewohnheitsrecht contra legem ausgebildet.[1] Der Prozeß der Bildung gewohnheitsrechtlich anerkannter Beweiswürdigungsregeln sei nicht abgeschlossen, sondern laufe ständig weiter. Kollhosser macht gegenüber der Rechtsprechung insoweit eine Einschränkung, als nur besonders überzeugungskräftige Erfahrungsregeln[2] als zwingend angesehen werden.

Die dogmatische Begründung Kollhossers für die Bindung des Richters an die Erfahrungssätze vermag nicht zu überzeugen. Wer, wie Kollhosser, im Hinblick auf die zahlreichen Zweifelsfragen, die der Anscheinsbeweis aufwirft, diesen ablehnt und statt dessen anhand des § 286 ZPO Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung bestimmen will,[3] und den § 286 ZPO auch für genügend leistungsfähig ansieht, um die Probleme des Anscheinsbeweises zu lösen, muß bei der Untersuchung dieser Frage an

---

1) Kollhosser (Diss.) S. 107 - 109

2) Diese werden heute im Anschluß an Hainmüller (S.31) Erfahrungsgrundsätze genannt. Vgl. dazu oben S.110 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 114, 1; Blomeyer (Gutachten) S. 27. Zu den früheren Versuchen, die Erfahrungssätze in bestimmte Gruppen zu unterteilen vgl. Manigk, S. 139 m.w.N.

3) Kollhosser a.a.O., S. 123

diese Vorschrift selbst anknüpfen. Ergibt sich durch Auslegung des § 286 ZPO wie diese Frage zu lösen ist, so besteht für die Anwendbarkeit von contra legem gewohnheitsrechtlich anerkannten Beweiswürdigungsregeln kein Raum.[1)]

Damit läßt sich feststellen: Die Grundsätze des prima facie-Beweises verpflichten den Richter, bestimmte Erfahrungssätze zu beachten. Zugleich wird vom Richter verlangt, Tatsachen nur dann festzustellen, wenn er die persönliche Überzeugung von ihrer Richtigkeit gewonnen hat. Das sind zwei unüberbrückbare Gegensätze. Der Beweiswert der Erfahrungssätze hängt zumindest teilweise von der subjektiven Beurteilung ab. Entweder entscheidet der Tatrichter aufgrund seiner Erfahrung darüber, ob ein Erfahrungssatz zur Feststellung ausreichend beweiskräftig ist oder das Revisionsgericht bestimmt, welche Erfahrungssätze zwingend sind. Im letzteren Fall kann demTatrichter die persönliche Überzeugung, er glaube an die Richtigkeit der Tatsache, nicht befohlen werden. Im Hinblick darauf müssen die bislang aufgezeigten Lösungsversuche, den Widerspruch auszuräumen, notwendigerweise unbefriedigend bleiben.

Der Konflikt kann nur dadurch gelöst werden, daß entweder die Bindung an die Erfahrungssätze im Hinblick auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung für gesetzwidrig erklärt wird oder die freie Überzeugung nicht als persönliches Fürwahrhalten verstanden wird. Die zuerst genannte Auffassung hat lediglich den Wortlaut des Gesetzes für sich. Sie berücksichtigt aber in keiner Weise

---

1) Vgl. Blomeyer (Gutachten) S. 27, 47; Rosenberg-Schwab, § 114, 5; Prölls, S. 36 ff.

die seit weit über 70 Jahre geübte Praxis der Gerichte. Sie wird ferner dem Sinn und Zweck des § 286 ZPO nicht gerecht. Die Tatsachenfeststellung war dem Tatrichter anvertraut worden, weil er am geeignetsten schien, die Wahrheit einer Tatsache in einer das allgemeine Rechtsbewußtsein befriedigenden Weise festzustellen. Diese Aufgabe kann er nur lösen, wenn er bei der Tatsachenfeststellung, wie jeder andere, der einen historischen Sachverhalt aufzuklären hat, die allgemein anerkannten Erfahrungssätze beachtet. Wenn auch die Rechtsprechung formal am Postulat der persönlichen Überzeugung festhält, so hat sie doch den Konflikt zwischen Überzeugung und Bindung an Erfahrungssätze zu Gunsten der letzteren entschieden. Demgemäß liegt der Schluß nahe, daß für die Tatsachenfeststellung nicht entscheidend ist, ob gerade der urteilende Richter die persönliche Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt hat, sondern daß es maßgeblich ist, daß ein erfahrener, die Lebensverhältnisse klar überschauender Richter die Tatsache als festgestellt ansieht. Ein solches Verständnis der richterlichen Überzeugung wird der im Bereich des prima facie-Beweises eingetretenen Objektivierung der Beweiswürdigung gerecht. Besonders wichtig ist, daß bei einem derartigen Überzeugungsmodell zahlreiche Probleme des prima facie-Beweises entfallen. Insbesondere stellt sich die unbeantwortbare Frage nicht, wie das Spannungsverhältnis zwischen freier Überzeugung und Bindung an die Erfahrungssätze zu lösen ist. Die Schwierigkeiten, die sich aus der Abgrenzung zwischen Indizienbeweis und Anscheinsbeweis ergeben, entfielen ebenfalls. Daß, wie stellenweise vertreten wird,[1] bei einem

---

1) Ekelöf, ZZP 75. Bd. S. 301
Vgl. Bolding (Freiheit) S. 60

Überzeugungsmodell, das auf ein emotional betontes, im Grunde jeder rationalen Kontrolle entzogenes Fürwahrhalten verzichtet und statt dessen in erster Linie auf die objektive Wahrscheinlichkeit abstellt, sämtliche Probleme des Anscheinsbeweises entfielen, ist allerdings unrichtig. Die Frage bleibt, welche Erfahrungssätze einen derartig starken Beweiswert haben, daß sie der Richter in jedem Fall beachten muß. Im Rahmen dieser Untersuchung braucht die Frage nicht beantwortet zu werden.

VI. Durch die Einführung der Schwurgerichte (§§ 79 - 99 GVG und §§ 276 - 317 StPO a.F.) war der Strafprozeß von vornherein stärker durch die Idee der conviction intime geprägt worden.[1] Die Geschworenen hatten aufgrund des Totaleindrucks, den sie im Laufe der Verhandlung gewonnen hatten, nach ihrer innersten, persönlichen Überzeugung zu entscheiden, ob sie den Täter für schuldig hielten. Gemäß § 307 Abs. 2 StPO a.F. brauchte der Obmann der Geschworenen bei einer dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung nur anzugeben, daß dieselbe mit mehr als 7 Stimmen gefaßt worden war. Eine Begründung, warum die Geschworenen den Täter für schuldig hielten, war nicht erforderlich. Damit war die Tatsachenfeststellung in Schwurgerichtssachen der Kontrolle durch die Revisionsinstanz von vornherein entzogen. Das hatte auch Auswirkungen auf die Überprüfung der auch nach damaligem Recht schon zu begründenden Urteile in Strafkammer- und Schöffengerichtssachen.

---

1) Ob § 261 StPO, wovon Sarstedt (Beweisregeln) S. 172 ausgeht, mit der freien Überzeugung eben das meinte, was der code d'instruction criminelle die conviction intime nannte, erscheint unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift allerdings äußerst zweifelhaft. Vgl. dazu oben S. 38 ff

Da die Schwurgerichte gemäß §§ 73, 80 GVG a.F. für fast alle Verbrechen zuständig waren, die mit mehr als 5 Jahren Zuchthaus bedroht waren, handelte es sich bei den, den Strafkammern und Schöffengerichten zugewiesenen Sachen zumeist um wenig schwerwiegende Fälle. Wohl im Hinblick darauf, daß sogar bei den Kapitaldelikten die Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch die Revisionsinstanz entzogen war, wahrte die Rechtsprechung bei der Prüfung der Frage, ob die Strafkammer bzw. das Schöffengericht bei der Tatsachenfeststellung nicht gegen Erfahrungssätze verstoßen hatte, äußerste Zurückhaltung.[1] Tatsachenfeststellungen konnten nur in einer Richtung beanstandet werden, daß nämlich der Richter sich nicht genügend bemüht habe, die zur Verurteilung erforderliche Überzeugung zu erlangen.[2]

---

1) Die Strafsenate haben das Rechtsmittel der Revision viel mehr eingeengt als die Zivilsenate. Vgl. dazu Stein (Privates Wissen) S. 134; Mannheim, S. 6, 7, m.w.N.(Revision)

2) Das Reichsgericht hat von Anfang an in Fällen, in denen das Instanzgericht es unterlassen hatte, wichtige Erkenntnisquellen für die Überführung des Angeklagten zu erschließen oder in denen es Schutzbehauptungen des Angeklagten zu seinen Gunsten als wahr behandelt hatte, weil sie zwar nicht als glaubhaft, aber auch nicht als widerlegt angesehen werden konnten, ohne daß die Möglichkeit, sie zu widerlegen erschöpft waren, die Erfüllung der richterlichen Aufklärungspflicht als verletzt angesehen.
Vgl. dazu Alsberg-Nüse, S. 13
Vgl. zum Verhältnis zwischen richterlicher Überzeugung und Wahrheitspflicht bereits oben S. 78

Hatte er diese gewonnen, so war die Tatsachenfeststellung selbst dann unangreifbar, wenn der Richter bei der Beweiswürdigung von den absonderlichsten Erfahrungssätzen ausgegangen war.[1] Anders als im Zivilrecht spielten Erfahrungssätze in den frühen Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen nur bei der Interpretation normativer Tatbestandsmerkmale,[2] nicht aber bei der Beweiswürdigung eine Rolle.

Das änderte sich, als die Schwurgerichte alten Stils durch die Emminger Verordnung vom 4.1.1924 (RGBl I S.11) abgeschafft wurden. Sie behielten zwar ihren Namen bei, wurden jedoch tatsächlich in Schöffengerichte (§§ 82, 84 GVG) umgewandelt, da die Schuld- und Straffrage von nun an von Berufs- und Laienrichtern gemeinsam entschieden werden mußte.[3] Ausdrücklich

---

1) Vgl. RG St 8, 351 (353), wonach die Feststellung des Tatrichters dahin, es gäbe ein Medikament, durch dessen Gebrauch seitens einer Person in ihr eine Zuneigung zu einer anderen Person hervorgerufen werde, für das Revisionsgericht bindend ist.
Vgl. ferner RG St 23, 409, wo es um die Frage ging, ob Bier noch als rein zu bezeichnen sei, wenn in 70 hl eine Katze mitgesotten worden war. Der Tatrichter hatte diese Frage bejaht. Das Reichsgericht akzeptierte das. Zum letzten Beispiel vgl. Sarstedt (Beweisregeln) S. 175

2) Vgl. RG St 19, 55 (Unterschied Fernsprechanstalt - Telegrafenanstalt); RG St 21, 223 (Begriff der Lähmung) RG St 32, 165 (Elektrizität als Sache), RG St 38, 308 (Konsumgeschäft)

3) Der 33. Deutsche Juristentag begrüßte diese Änderung. Sie wurde als mutige Reformtat gepriesen. Vgl. Graf Gleichspach in Verhandlungen des 33. DJT, S. 126; zusammenfassende Würdigung auf S. 1614.
Zur Würdigung der Emminger Verordnung R. Lobe in DJZ 1924, S. 81 f.; 157 ff.
Zur Emminger Verordnung neuerdings Seibert, DRiZ 1972, S. 351, vgl. auch Peters (Lehrbuch) § 18 II a

nicht geändert wurden die Vorschriften über die Beweiswürdigung, § 261 StPO, und über die Art und Weise, wie das Urteil zu begründen war, § 267 StPO. Die Tatsachen waren weiterhin nach der freien Überzeugung festzustellen. Warum eine Tatsache als bewiesen angesehen wurde, brauchte im Urteil nicht angegeben zu werden. § 267 Abs. 1 S. 2 StPO bestimmte insofern nur, daß der Richter die Beweistatsachen, also die Tatsachen, aus denen der Beweis der Tat gefolgert wird, in den Gründen aufführen soll. Obwohl der Richter demnach nicht gezwungen war, darzulegen, auf welchem Wege er zu seiner Überzeugung gelangt war, übten die Revisionsgerichte einen immer stärkeren Zwang auf den Tatrichter aus, die Gründe für die Tatsachenfeststellung erschöpfend und lückenlos anzugeben.[1)] Damit gewannen sie die Möglichkeit, die Beweiswürdigung nicht nur im Hinblick auf Verstöße gegen Denkgesetze und wissenschaftliche Erkenntnisse, sondern auch daraufhin zu überprüfen, ob sie im Einklag mit den Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung standen. Diese Kontrolle wurde im folgenden immer weiter ausgedehnt.[2)]

---

1) Vgl. dazu unten S.158 ff
2) Vgl. RG JW 1932, S. 422 Nr. 27 mit zustimmender Anm. Alsberg (Ein Beamter muß erfahrungsgemäß alle Einnahmen in kurzfristen Abständen abgeben.)
Hand in Hand damit geht die Erweiterung der Verpflichtung, den Sachverhalt umfassend aufzuklären.
Zur Wahrheitspflicht vgl. bereits oben S. 78 ff
Die Frage hängt eng mit dem Begründungszwang zusammen.
Vgl. dazu unten S. 158 ff

Nach heute einhelliger Meinung[1] ist die Beweiswürdigung fehlerhaft, wenn der Richter einen bestehenden Erfahrungssatz nicht beachtet oder wenn er zu Unrecht einen Erfahrungssatz für gegeben gehalten hat. Will der Richter vermeiden, daß seine Beweiswürdigung beanstandet wird, so muß er sich zumindest mit der Frage auseinandersetzen, warum er im konkreten Fall Feststellungen entgegen einem bestehenden Erfahrungssatz getroffen hat bzw. auch welchem Grunde er einen Satz, der, wenn überhaupt, allenfalls eine geringe Wahrscheinlichkeit bietet, ausnahmsweise für überzeugungskräftig angesehen hat.
Allerdings verlangt die Rechtsprechung in Strafsachen, von Ausnahmefällen abgesehen,[2] vom Richter nicht, aus einem Erfahrungssatz auf die Kausalität der Handlung des Täters für den eingetretenen Erfolg und auf das Verschulden zu schließen. Die Grundsätze des prima facie-Beweises können auf den Strafprozeß nicht übertragen werden, da den Angeklagten nicht die Last trifft, seine Unschuld beweisen zu müssen.[3]

---

1) vgl. Kleinknecht, § 337 Anm. 3; Peters (Lehrbuch), § 75 III 3 a u. c; Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 261 Anm. 5 c; Meyer in Löwe-Rosenberg, § 337 V 2 d, mit umfangreichen Nachweisen. Vgl. auch die in den folgenden Anmerkungen angeführte Rechtsprechung.

2) vgl. die Rechtsprechung zur Frage, ob aus der Haltereigenschaft auf das Führen des Kraftfahrzeuges im Zeitpunkt der Tat geschlossen werden kann. Dazu oben S. 102 Anm. 1

3) vgl. Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 261, 6 a Fn. 56; Alsberg-Nüse, S. 10 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 13; Hainmüller, S. 42; Ehrlicher, S. 29. Daß der Richter auch im Strafprozeß, und zwar über die vermeintliche Verkennung des Überzeugungsbegriffs zur Tatsachenfeststellung gezwungen werden kann, ist bereits oben dargelegt worden, vgl. S. 82 ff.

Die Beweiswürdigung wird in einem Großteil der Entscheidungen deswegen beanstandet, weil der Tatrichter seinen Feststellungen maßgeblich einen Erfahrungssatz zugrunde gelegt hat, der nach Auffassung des Revisionsgerichts keinen ausreichenden Beweiswert besitzt.[1)]

Damit läßt sich auch für den Strafprozeß feststellen, daß die bloße Überzeugung des Tatrichters zur Feststellung nicht ausreicht. Der Richter mag persönlich noch so sehr von der Schuld eines Angeklagten überzeugt sein, widersprechen seine Feststellungen anerkannten Erfahrungssätzen, ohne daß dargelegt wird, warum im konkreten Fall der Erfahrungssatz für unerheblich gehalten wird, so wird die Beweiswürdigung von der Revision beanstandet. Der Richter darf sich eben nicht über Sätze hinwegsetzen, die jeder andere

---

1) Vgl. BGH St 18, 238 (Beweiswert einer Aussage hängt nicht maßgeblich davon ab, ob sich die Auskunftsperson als Zeuge oder Angeklagter äußert).
BGH JZ 65, 291 (der Tatrichter darf einem belehrten Zeugen nicht besonderen Glauben schenken).
BGH MDR 1969, 194 bei Dallinger (Schluß, Pistole sei bei Raubüberfall geladen gewesen, wird allein daraus gezogen, daß Täter wenige Tage vorher bei einem Raubüberfall ebenfalls eine geladene Pistole bei sich führte).
OLG Köln, JMBl NRW 1964, S. 6 und OLG Hamm, JMBl NRW 1970, S. 71, S. 238 (verspätetes Vorbringen günstiger Umstände läßt allein noch nicht den Schluß auf die Unwahrheit der Einlassung zu).
OLG Hamm, GA 1969, S. 26 (aus ehebrecherischem Verhältnis darf nicht allein auf Ladendiebstahl geschlossen werden).
Bay ObLG JR 72, S. 30/31, Anm. von Peters (aus dem bloßen Besitz von Diebesgut kann nicht allein auf Hehlerei geschlossen werden.
Vgl. auch Hartung, SJZ 1948,S. 579
Die äußerst problematische Frage, welche Tatsachen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen, kann hier offen bleiben; vgl. dazu Eb. Schmidt JZ 70, S. 337 ff. (bes. S. 338/339)

verständige Mensch bei der Aufklärung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts beachtet hätte. Darin tritt eine deutliche Tendenz zur Objektivierung der Beweiswürdigung hervor. Damit liegt auch im Strafprozeß die Vermutung nahe, daß der Tatrichter Tatsachen nur dann feststellen darf, wenn jeder andere verständige Mensch an seiner Stelle sie ebenfalls als bewiesen ansehe.

VII. Bedenken dagegen ergeben sich aber noch aus folgendem Grunde. Nach ganz h.M. bleiben Schlußfolgerungen, die der Tatrichter aus Beweisanzeichen zieht, unbeanstandet, sofern sie denkgesetzlich möglich sind. Sie brauchen nicht zwingend zu sein.[1] Mit dieser Formulierung wird an sich nur etwas Selbstverständliches ausgedrückt. Die Schlüsse, die aus Beweisanzeichen gezogen werden, brauchen deswegen nicht zwingend zu sein, weil sie sich im Regelfall auf Erfahrungssätze stützen, die mehr oder minder große Wahrscheinlichkeitsaussagen beinhalten und demgemäß garnicht zwingend sein können. Verlangte man zwingende Schlüsse, so würde Überzeugung, was allgemein abgelehnt wird, mit absoluter Wahrheit, mit mathematischer Gewißheit gleichgesetzt. Die Formel, nach der Schlüsse nur denkgesetzlich möglich, nicht aber zwingend zu sein brauchen, hat darüber hinaus aber noch eine andere Funktion. Die h.M. bedient sich ihrer, um zu begründen, daß die Tatsachenfeststellung, sofern der Richter von ihrer Wahrheit nur persönlich überzeugt ist, selbst dann dem Gesetz entspricht, wenn völlig unwahrscheinliche Feststellungen getroffen werden. Dazu ein Beispiel:[2]

---

1) Vgl. BGH St 10, 210 = JR 1957, 368 m.Anm. Eb.Schmidt, BGH MDR 1951, S. 117; BGH NJW 1951, S. 325; OLG Köln, NJW 1968, 1247. Vgl. zum ganzen Meyer in Löwe-Rosenberg, § 337 Anm. V 3 d m. zahlr. w.N. Dies gilt auch für den Zivilprozeß,

2) Vgl. Peters (Lehrbuch) § 75 III 3 a

Ein Mann lernt in einem Wirtshaus eine Frau kennen. Beide verlassen gemeinsam die Gaststätte. Sie halten sich 2 1/2 Stunden in einem Hausflur auf. Dabei kommt es zum Geschlechtsverkehr. Die Frau läßt sich anschließend nach Hause begleiten. Einige Tage später behauptet die Frau, sie sei mit Gewalt zum Verkehr gezwungen worden. Es wird festgestellt, daß die Frau, obwohl in den anliegenden Häusern Licht war, nicht gerufen hat. Das Landgericht verurteilt den Mann wegen Notzucht. Die Revision des Angeklagten blieb erfolglos. Dem Mann gelang später der Nachweis, daß die Frau sich auch anderen Männern hingegeben hatte. In einem Wiederaufnahmeverfahren erreichte der Angeklagte seinen Freispruch.

Die Richter, die ihn verurteilt hatten, waren aufgrund des Gesamteindrucks der Verhandlung sicherlich von der Schuld des Angeklagten persönlich überzeugt. Bei der vorgegebenen Sachlage konnten sie allerdings nicht in einer vernünftigen, auch den Dritten überzeugenden Weise begründen, worauf sie ihre subjektive Gewißheit stützten. Die Sätze der Lebenserfahrung sprechen eindeutig gegen das vom Landgericht gewonnene Ergebnis. Es ist höchst unwahrscheinlich, daß sich der Angeklagte und die Frau bei einer Vergewaltigung 2 1/2 Stunden in einem Hausflur aufgehalten haben. Unwahrscheinlich ist ferner, daß die Frau bei der Vergewaltigung nicht um Hilfe gerufen hat. Besonders ungewöhnlich ist, daß sie sich nach der Vergewaltigung von dem Angeklagten nach Hause hat begleiten lassen. Schließlich widerspricht es der Lebenserfahrung, daß erst einige Tage nach der Tat Anzeige erstattet worden ist. Die Feststellun-

gen sind zwar möglich, widersprechen aber mehreren beweiskräftigen Erfahrungssätzen in einer Weise, daß sie rational kaum nach nachvollziehbar sind.[1] Dennoch verstößt auch eine derartig unwahrscheinliche Tatsachenfeststellung nach h.M. nicht gegen das Gesetz.

Zur Begründung wird angeführt, dem Richter sei gemäß § 261 StPO die Aufgabe der Tatsachenfeststellung eigenverantwortlich übertragen worden. Habe er die subjektive Gewißheit von der Richtigkeit einer Tatsache erlangt, so müsse der Revisionsrichter, sofern die Feststellungen denkgesetzlich möglich seien, diese selbst dann respektieren, wenn sie entgegen jeder Lebenserfahrung getroffen worden seien.[2] Selbst Peters, der im Interesse der Wahrheitsfindung für eine möglichst weite Überprüfung der Tatsachenfeststellung eintritt, nimmt in diesem Fall keinen Gesetzesverstoß an.[3] Er schlägt allerdings eine Änderung des § 261 StPO vor.[4] Danach sollte die Aufhebung eines Urteils, dessen Feststellungen vom

---

1) Nach Peters (Lehrbuch) § 75 III 3 a, sind solche Fälle durchaus nicht selten
2) Vgl. oben S.150 Anm. 1
3) So Peters, a.a.O., dessen Stellungnahme allerdings nicht eindeutig ist. In § 37 XI a.E. des Lehrbuchs vertritt Peters die Auffassung, die freie Beweiswürdigung unterliege nicht nur dem Vorgang nach, sondern auch dem Ergebnis der revisionsgerichtlichen Nachprüfung. Das subjektive Gewißheitsurteil müsse soweit objektiv gesichert sein, daß es von anderen Richtern nachvollziehbar sei. In diesem Sinne äußert sich Peters auch in der Anmerkung zu Bay ObLG JR 72, S. 31 (32).
Vgl. zu diesem Problem auch Stree (in dubio pro reo) S. 40
4) Vgl. Peters, a.a.O.

objektiven Beurteiler nach allgemeinen Regeln selbst unter Berücksichtigung der sich möglicherweise in der Hauptverhandlung ergebenden Besonderheiten nicht nachvollzogen werden können, zulässig sein, sofern das Revisionsgericht einstimmig die Urteilsfeststellung für nicht tragfähig hält. Nur so werde vermieden, daß Tatsachen aufgrund eines rational nicht nachvollziehbaren Persönlichkeitsakts festgestellt würden. Seiner Auffassung nach muß die Tatsachenfeststellung in dem Sinne objektivierbar sein, daß sie auch einen verständigen Durchschnittsrichter überzeugen könne.

Ob die Auffassung, nach der völlig unwahrscheinliche Tatsachenfeststellungen vom Revisionsrichter hingenommen werden müssen und eine Abhilfe nur de lege ferenda möglich sei, zutrifft, ist äußerst zweifelhaft. Sie verkennt m. E. die Bedeutung des Merkmals "frei" im Rahmen des § 261 StPO. Durch die Verwendung dieses Wortes sollte, wie bereits ausgeführt, lediglich klargestellt werden, daß der Richter bei der Tatsachenfeststellung an gesetzliche Beweisregeln nicht gebunden war. Darin erschöpft sich die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals.
Die h. M. berücksichtigt ferner nicht hinreichend die Auswirkungen, die die Abschaffung der Schwurgerichte alten Stils auf die Anforderungen hatte, die für die Tatsachenermittlung zu stellen sind und setzt damit freie Überzeugung noch immer mit der conviction intime gleich.
Das Schwurgericht konnte sich damit begnügen, daß die Geschworenen allein aufgrund ihres Totaleindrucks, den sie in der Verhandlung gewonnen hatten, ohne jede

Begründung nach ihrer conviction intime die Tatsachen feststellten. Die Konsensfähigkeit der Entscheidung war - das ist eine der Grundideen des Schwurgerichtsprozesses - in erster Linie dadurch gewährleistet,[1] daß nicht Berufsrichter, sondern wahllos aus dem Volk ausgewählte Laien über die Schuldfrage entschieden. Um das Vertrauen des Angeklagten und der Allgemeinheit auf eine gesetzmäßige Rechtspflege zu stärken, wurde jeglicher Einfluß von Berufsrichtern auf die Beweiswürdigung ausgeschaltet. In bewußter Abkehr vom französichen Schwurgerichtsprozeß, in dem nach Code d'instr. crim. art. 336 der Assisenpräsident in einem Resüme durch eine die wesentlichen Ergebnisse der Verhandlung zusammenfassenden Darstellung der Entscheidung der Beweisfrage vorzubereiten hatte,[2] was es ihm erlaubte, die Geschworenen in ihrem Urteil stark zu beeinflussen, war es gemäß § 300 Abs. 1 StPO a.F. dem Vorsitzenden nicht erlaubt, in eine Würdigung der Beweise einzugehen. Die Annahmefähigkeit der Entscheidung war nur garantiert, wenn sie ausschließlich von unmittelbaren Repräsentanten des Volkes getroffen wurde. Ausschließlich den Geschworenen wurde in einer Weise vertraut, die die Begründung

---

1) Garant war daneben die Mündlichkeit der Verhandlung, vgl. Mittermeier (Mündlichkeit) S. 360.
Daneben wurde es zunächst als Vorteil des Schwurgerichtsprozesses angesehen, daß mitten im Leben stehende Laien und nicht dem Leben entfremdete rechtsgelehrte Richter die Tatfrage entschieden. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird von Richtern und der Rechtslehre allerdings sehr stark bezweifelt.
Vgl. von Bahr, S. 323; Savigny, GA 58. Bd. (1858) S. 475; Seibert, DRiZ 1972, S. 351.

2) Vgl. Schwinge (Kampf) S. 14

der Entscheidung überflüssig machte. Die Autorität des Spruches stützte sich somit ausschließlich auf das Ansehen derjenigen, die ihn fällten. Mit der Abschaffung des Schwurgerichts alten Stils erhielten die Berufsrichter auch in Schwurgerichtsverfahren maßgeblichen Einfluß auf die Beweiswürdigung. Ihnen brachte man zwar kein generelles Mißtrauen entgegen. Den beamteten Berufsrichtern wurde aber nicht in gleich hohem Maße vertraut wie den Geschworenen.[1] Bereits in den Auseinandersetzungen um die Einführung des neuen Beweissystems war immer wieder vorgebracht worden, daß ein Abgehen von der legalen Beweistheorie nur möglich sei, wenn entweder die Tatsachenfeststellung ausschließlich den Laien übertragen wurde[2] oder wenn den Richtern, falls ihnen ein Mitwirkungsrecht an der Tatsachenfeststellung eingeräumt wurde, die Pflicht auferlegt wurde, ihre Entscheidung zu begründen. Es war nur folgerichtig, daß nach Beseitigung der Schwurgerichte alten Stils Schritt für Schritt höhere Anforderungen an die Tatsachenfeststellung gestellt wurden, hing doch die Bereitschaft des Angeklagten und der Öffentlichkeit, die Tatsachenfeststellung zu akzeptieren, von nun an im wesentlichen davon ab, ob es dem Richter gelang, seine Feststellungen auf anerkannte Kriterien der Sachverhaltsermittlung zu stützen. Das bloße gewissenhafte Bemühen um eine sachgerechte Tatsachenfeststellung

---

1) Gerade bei dieser Frage kommt es nicht darauf an, ob die Richter Vertrauen verdienen, sondern ob sie es tatsächlich genießen, vgl. Mittermeier (Mündlichkeit) S. 287

2) Vgl. dazu Schwinge (Kampf) S. 48 u. 57; vgl. dazu früher bereits von Feuerbach, S. 118 f. und 127

genügte nicht.[1] Auch der noch so versteckte Verstoß gegen Denkgesetze führte zur Aufhebung der Feststellung.[2] Widersprach die Beweiswürdigung den in maßgeblichen Fachkreisen anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen, so wird sie vom Revisionsgericht auch dann beanstandet, wenn der Richter vom Beweisergebnis absolut überzeugt war. Beachtet der Richter anerkannte Sätze der allgemeinen Lebenserfahrung nicht, so wird die Tatsachenfeststellung ebenfalls gerügt. All dem liegt der Gedanke zugrunde, daß die Autorität, die dem Richter allein aufgrund seiner Stellung zukommt, nicht ausreicht, um die von der Tatsachenfeststellung Betroffenen zur Anerkennung seines Spruches zu bringen und das allgemeine Rechtsbewußtsein zu befriedigen.[3] Dieser Gesichtspunkt wird nicht ausreichend berücksichtigt, wenn die h. M. ohne weiteres davon ausgeht, auch vollkommen unwahrscheinliche Feststellungen entsprächen dem Gesetz, sofern sie nur denkgesetzlich möglich seien und der Richter die subjektive Gewißheit ihrer Richtigkeit erlangt habe. Zwar ist bei der hier zu entscheidenden Frage der sämtlichen Erfahrungssätzen innewohnende Unsicherheitsfaktor zu berücksichtigen. Verstöße gegen Erfahrungssätze können nicht so eindeutig festgestellt werden wie die

---

1) Das verkennt Pagendarm (S. 20), wenn er meint, die Prozeßgesetze verlangten bei der Tatsachenfeststellung nicht mehr, als daß sich der Richter seiner Verpflichtung bewußt sein muß, die tatsächliche Wahrheit festzustellen. Wenn sich der Richter um das Richtige bemühe, so sei die Tatsachenfeststellung entsprechend dem Gesetz erfolgt. Im übrigen sei die Feststellung der "subjektiven Sphäre" der Überlegung überlassen.

2) Vgl. RG St 41, 179; 45, 139; 61, 154; vgl. dazu bereits oben S. 85 ff

3) Daß nur dadurch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rechtspflege gewonnen werden kann, wird bereits von von Bar, S. 312, betont; vgl. auch Bendix, GA 63 (1917) S. 32; vgl. weiterhin auch unten S. 173 ff

Nichtbeachtung von Denkgesetzen oder wissenschaftlichen Erkenntnissen. Demgemäß muß es grundsätzlich dem Tatsachenrichter überlassen werden, welchen Beweiswert er den einzelnen Erfahrungssätzen in dem zu entscheidenden Fall zumißt. Kann der Richter sich aber bei der Tatsachenfeststellung nicht auf allgemein anerkannte Erfahrungssätze stützen, trifft er sogar Feststellungen, die in einem derartig krassen Widerspruch zu Wahrscheinlichkeitsüberlegungen stehen, daß sie rational nicht mehr nachvollziehbar sind, so reicht seine dennoch erlangte subjektive Gewißheit nicht aus, um die Entscheidung konsensfähig zu machen. Die persönliche Überzeugung allein kann auch hier die allgemeine Anerkennung nicht ersetzen.[1] Diese kann nur dann gewonnen werden, wenn der Richter in der Lage ist, seine Entscheidung auf anerkannte, mithin auch Dritte überzeugende Erfahrungssätze zu stützen.

---

1) So im Ergebnis auch Kern-Roxin, § 15 C II; vgl. zu der Frage auch Stree, S. 40; vgl. neuerdings Bay ObLG JR 72, 30 ff. m. Anm.Peters. In dem Fall hatte die Vorinstanz den Angeklagten wegen Hehlerei verurteilt. Es war lediglich festgestellt worden, daß der Angeklagte, ein Waffenliebhaber, eine aus Armeebeständen stammende gestohlene Waffe in seinem Besitz hatte. Wie und von wem er sie erworben hatte, konnte nicht festgestellt werden. Die Vorinstanz hatte die Entscheidung lediglich auf den in seinem Wahrscheinlichkeitswert zweifelhaften Erfahrungswert gestützt, daß, wer sich im Besitz von gestohlenem Gut befinde, Hehler sei.

§ 16 DER EINFLUSS DER BEGRÜNDUNGSPFLICHT AUF DIE RICHTERLICHE ÜBERZEUGUNG

I. Bei der Frage, wie das Merkmal der freien Überzeugung zu verstehen ist, kann die Begründungspflicht bedeutsam sein.[1] Für den Zivilprozeß bestimmt § 286 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich, daß in dem Urteil die Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Hingegen beschränkt sich § 267 Abs. 1 S. 2 StPO auf den Hinweis, daß, soweit der Beweis aus anderen Tatsachen gefolgert wird, auch diese Tatsachen angegeben werden sollen. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist demnach der Richter nicht verpflichtet, die Tatsachenfeststellung zu begründen. Auch die Entstehungsgeschichte weist darauf hin, daß es sich bei § 267 Abs. 1 S. " StPO lediglich um eine Sollvorschrift handelt. Nach dem Entwurf zur StPO sollen die Beweisgründe nicht in die Vorschriften, die den Urteilsinhalt regeln, aufgenommen werden, weil nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten bei dem einen Richter auf anderen Gründen beruhen kann als bei dem anderen. Die Justizkommission des Reichstages hielt es aber für erforderlich, das richterliche Ermessen durch Aufnahme einer Soll-Vorschrift zu beschränken. Die Vorschrift sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht dazu dienen, dem Angeklagten die Überprüfung der Beweiswürdigung zu ermöglichen.[2] Sie war als eine Art der Selbst-

---

1) Vgl. dazu folgende Ausführungen

2) Hahn (Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen) Bd. 3, Motive, S. 2091; Protokolle der Kommission, 1. Lesung, S. 876 f; 2. Lesung, S. 1356 ff; vgl. dazu auch Blunck, MDR 70, 470; Wenzel, NJW 66, 577 (578); Baldus, S. 385.

kontrolle des Richters gedacht. Im Hinblick auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte wird von der h. M. § 267 Abs. 1 S. 2 auch heute noch als bloße Ordnungsvorschrift angesehen.[1)]

Dieser Auffassung kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Sie berücksichtigt zum einen nicht hinreichend die Änderung der StPO. Nach Abschaffung der Schwurgerichte alten Stils, auf die das Prinzip der freien Beweiswürdigung entsprechend dem französischen Vorbild in erster Linie zugeschnitten war, kann die Autorität des Richterspruchs nicht mehr allein auf das Ansehen der Geschworenen gestützt werden. Die zur Anerkennung der Tatsachenfeststellung erforderliche Überzeugungskraft hängt maßgeblich davon ab, ob es dem Richter gelingt, die Gründe, die ihn zur Tatsachenfeststellung veranlaßt haben, einleuchtend darzustellen.

Das Verständnis der h. M. von der Funktion des § 267 Abs. 1 S. 2 führt auch zu einem Widerspruch zu dem durch das Vereinheitlichungsgesetz eingeführten Abs. 3 dieser Vorschrift. Danach ist sogar die Aufnahme der Strafzumessungserwägung in das Urteil zwingend vorgeschrieben. Wenn aber der Richter sogar angeben muß, warum er eine bestimmte Strafe für angemessen hält, so muß er erst recht dartun, warum er den Angeklagten für schuldig hält.[2)]

---

1) Vgl. RG St 47, 109; BGH St 12, 311 (315); Blunck, MDR 70, S. 470; Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 267 Anm. 4 a.
Unklar Wenzel; vgl. einerseits NJW 66, 578, andererseits NJW 66, 580.
Zur früheren Literatur vgl. Mannheim (Beiträge) S. 25, vgl. auch S. 242 f.

2) Vgl. Meyer in Löwe-Rosenberg, § 337 V 2 a; im Gegensatz zu Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 267, Anm. 4 a, der § 267 Abs. 1 S. 2 als Sollvorschrift ansieht.

Bei der Qualifizierung als Sollvorschrift wird ferner gänzlich übersehen, wie die Rechtsprechung den § 267 Abs. 1 S. 2 in der Praxis handhabt. Die Rechtsprechung vertritt den Standpunkt, die Tatsachenfeststellung sei nicht zu beanstanden, wenn sich der Richter ohne nähere Begründung auf seine Überzeugung beruft. Führt der Richter aus, auf welchem Weg er seine Überzeugung gewonnen hat, so wird die Beweiswürdigung, anfänglich allerdings sehr zurückhaltend, daraufhin überprüft, ob sie in Einklang mit den Denkgesetzen und den Erfahrungssätzen steht.[1] Die Anforderungen an die Begründung werden ständig erhöht. In der Praxis enthalten heute sämtliche Urteile eine Beweiswürdigung, da anderenfalls das Urteil auf die Aufklärungsrüge oder auf die Behauptung hin, die Würdigung sei fehlerhaft, weil sie gegen Denkgesetze, wissenschaftliche Erkenntnisse oder gegen Sätze der allgemeinen Lebenserfahrung verstoße, aufgehoben wird.[2] Trotz unterschiedlicher Auffassung über die Bedeutung des § 267 Abs. 1 S. 2 vertritt die Rechtsprechung heute einhellig den Standpunkt, daß sich der Richter, falls er die Indizientatsache in das Urteil aufgenommen hat, bei der Beweiswürdigung mit allen für den Tathergang wesentlichen und sich etwa weiter aufdrängenden Umständen einzeln und insgesamt befassen und auseinandersetzen muß.[3] Das legt den Schluß nahe,

---

1) Vgl. BGH St 12, 311/312. Diese Auffassung fordert den Richter geradezu dazu auf, die Beweisanzeichen wegzulassen. So richtig: Baldus, S. 385

2) Vgl. Kern-Roxin, § 50 II 4

3) Vgl. RG St 77, 79; BGH St 6, 68; 168, 172; 12, 311 (314). Vgl. zum ganzen Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, § 267 Anm. 4 b mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 25; so im Ergebnis auch bereits von Hippel, S. 364; im Anschluß an von Hippel Eb. Schmidt (Lehrkommentar II zu § 267, Erläuterung 6 und Nachtrag I, Erläuterung 3); Henckel (Strafverfahrensrecht) § 92 IV 1

daß der § 261 Abs. 1 S. 2 StPO im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung seinen Charakter als Sollvorschrift verloren hat. Dafür spricht auch, daß in sämtlichen anderen Prozeßordnungen (§ 286 Abs. 1 S. 2 ZPO; § 108 Abs. 1 S. 2 VwGO; § 96 Abs. 1 S. 3 FGO; § 128 Abs. 1 S. 2 SGG) für die Beweiswürdigung vorgeschrieben ist, daß in einem Urteil die Gründe anzugeben sind. die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Warum sich der Richter ausgerechnet bei jener Tatsachenfeststellung, die Grundlage für schwerwiegendste staatliche Eingriffe ist, darauf beschränken kann, Tatsachen nach seiner Überzeugung festzustellen, ohne dies näher zu begründen, ist nicht einsichtig.

II. Die Frage, in welchem Umfang die Begründungspflicht besteht, läßt sich nicht leicht beantworten.[1] Jedenfalls brauchen die Gründe nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung wiederzugeben. Es genügt, wenn die tragenden Leitgedanken in einer Weise logisch miteinander verknüpft werden, die den Schluß auf das gewonnene Ergebnis zulassen. Die Beweiswürdigung muß logisch, klar und widerspruchsfrei sein.[2] Auch sind die Beweise umfassend zu würdigen. Dies bedeutet allerdings nicht, daß der Richter in den Gründen sich mit allem, was Gegenstand der Haupt-

---

1) Vgl. Baldus S. 389/390; vgl. auch Schlüter; dessen Ausführungen in sich allerdings auf die rechtliche Würdigung beziehen. Schlüter a.a.O. S.97/98

2) Vgl. BGH St 3, 213; BGH St NJW 1962, 549; BGH St 14, 162/163; BGH NJW 74, 869/870; vgl. ferner Zillmer, NJW 61 720; Baldus S. 390. Für den Zivilprozeß RGZ 162,223 (229); BGH NJW 66, 446 (448); vgl. auch BAG NJW 70, S. 880.
Etwa seit Mitte der 30er Jahre fordern Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht vom Tatrichter auch die erschöpfende Würdigung der in concreto wesentlichen Umstände; vgl. dazu Henke (Tatfrage) S. 19

verhandlung war, befassen muß. Im Strafprozeß ist der Richter ferner verpflichtet, sich mit den naheliegenden und aufdrängenden Umständen auseinanderzusetzen.

III. Die Pflicht, die tatsächlichen Feststellungen zu begründen, hat tiefgreifende Auswirkungen auf das Verständnis der richterlichen Überzeugung. Anders als im französischen Schwurgerichtsprozeß ist nicht mehr allein entscheidend, daß der Richter die subjektive Gewißheit erlangt hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob es ihm gelingt, in verständiger Weise zu begründen, warum er die Tatsachen als bewiesen ansieht. Der Richter vermag aufgrund des Gesamteindrucks von der Richtigkeit einer Tatsache noch so durchdrungen sein, gelingt es ihm nicht, seine urpersönliche Überzeugung in einer rational nachvollziehbaren Weise zu begründen, die für einen verständigen Dritten annehmbar ist, so entspricht die Beweiswürdigung nicht dem Gesetz. Damit erscheint es äußerst zweifelhaft, ob es sich bei der Überzeugung entsprechend der h. M. wirklich um einen emotional geprägten, dem Grunde nach unvertretbaren und damit der rationalen Kontrolle entzogenen Gesamtpersönlichkeitsakt handelt. Durch den Zwang, die Tatsachenfeststellung begründen zu müssen, wird insbesondere der Einfluß der irrationalen Momente bei einer Tatsachenfeststellung weitgehend zurückgedrängt. Ob sogar der Schluß erlaubt ist, daß der Richter nur das berücksichtigen darf, was er auch in verständiger Weise begründen kann - damit wäre der allgemein anerkannte Satz, Tatsachenfeststellung sei im Zivil- und Strafprozeß nicht nur eine Sache des Verstandes, sondern auch, und zwar nicht

unwesentlich, des Gefühls - [1] mag offen bleiben. Unbestreitbar ist jedenfalls, daß sich die Überzeugung in erster Linie auf nachprüfbare Kriterien stützen muß.

Das von der h. M. vertretene Überzeugungsmodell läßt die Auswirkungen des Begründungszwanges auf das Wesen der freien Überzeugung außer acht. Die h.M. legt noch immer entsprechend der conviction intime das Schwergewicht darauf, daß gerade der Tatrichter aufgrund eines irrational geprägten Gesamtpersönlichkeitsakts die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt hat. Dabei übersieht sie, daß der Richter damit vor eine zwiespältige Aufgabe gestellt wird. Einerseits verlangt sie vom Richter eine irrational geprägte innere Überzeugung, zugleich fordert sie, daß der Richter seine Feststellung in rational nachvollziehbarer Weise begründet. Der Richter darf und soll sein Einfühlungsvermögen und seine Intuition zur Tatsachenfeststellung benutzen. Der Richter kann beispielsweise, falls die Beweisgrundlage zwar solide, der Richter sich aber bewußt ist, daß ein anderer Richter die Beweise als nicht ausreichend ansehen würde, die Tat als bewiesen ansehen, wenn er aufgrund des persönlichen Eindrucks des Angeklagten die innere Gewißheit von der Wahrheit der Tatsache gewonnen hat. Eine Begründung

---

1) Vgl. Francke, DRiZ 1960, S. 434, dessen Grundanliegen es ist, das, was richterliche Überzeugung genannt wird, aus einer unlebendigen Bevormundung durch die reine ratio zu befreien.
Gegen ihn mit Recht Böhme, DRiZ 1960, S. 20
Vgl. auch Schreiber, S.5

indes, in der der Richter sich in erster Linie auf seinen persönlichen Eindruck oder auf andere Imponderabilien beruft, könnte kaum auf Anerkennung des Betroffenen und der Allgemeinheit hoffen. Damit besteht bereits vom Ansatz her die Gefahr einer Begründungsunehrlichkeit. Wenn Überzeugung als im Grunde der rationalen Kontrolle entzogener Gesamtpersönlichkeitsakt verstanden werden muß, dann hat der Richter die Möglichkeit, unter Berufung auf seine Überzeugung einer rationalen Begründung der Tatsachenfeststellung auszuweichen. In Fällen, in denen sich beim Richter das Gefühl, es sei so und nicht anders gewesen, nicht einstellt, der Richter aber trotzdem zur Feststellung kommen will, weil er befürchtet, seine Tatsachenfeststellung werde wegen Verkennung des Überzeugungsbegriffs beanstandet, verführt die Forderung, der Richter müsse innere Gewißheit erlangt haben, den Richter dazu, bestehen gebliebene Zweifel in den Gründen zu unterdrücken. Der Richter darf sich zwar in seiner Begründung nicht mit nichtssagenden Wendungen, wie "nach Überzeugung des Gerichts stehe fest" begnügen. Unter Berufung auf seine Überzeugung kann er aber, wie ausgeführt, nach h. M. völlig unwahrscheinliche Tatsachen als festgestellt ansehen, sofern sie nur denkgesetzlich möglich sind. Dadurch wird die Diskussion über die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung weithin abgeschnitten.
Dies kommt möglicherweise der Autorität seiner Entscheidung zu gute. Die Tatsachenfeststellung ist der Teil der richterlichen Tätigkeit, der von den Parteien in erster Linie nachvollzogen werden kann. Demgemäß wird er auch in erster Linie von den Parteien in Frage gestellt.[1] Um dies zu verhindern, kann der

---

1) Vgl. Schneider, S. 2 (Beweis)

Richter sich stets hinter seiner Überzeugung verschanzen und einer sachlichen Diskussion über die Tatsachenfeststellung ausweichen.[1] Je detaillierter und umfassender der Richter die Tatsachenfeststellung begründet, desto mehr Angriffsfläche zur Kritik bietet er den durch die Tatsachenfeststellung Betroffenen. Um seine Entscheidung revisionssicher zu machen, wird der Richter in Zweifelsfällen geneigt sein, in seiner Begründung sich nicht so sehr auf objektive, rational nachvollziehbare und damit überprüfbare Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zu stützen, sondern als ausschlaggebendes Moment immer seine subjektive Gewißheit anführen. Dadurch wird die Kritikfähigkeit der Tatsachenfeststellung reduziert und auf wenige kontrollierbare Fehlerquellen beschränkt.[2] Wird Überzeugung hingegen nicht im Sinne eines irrational geprägten Persönlichkeitsakts verstanden, so ist dem Richter die Möglichkeit verwehrt, sich hinter seiner Überzeugung zu verschanzen und damit die Tatsachenfeststellung der Kritik der Parteien zu entziehen. Er darf und muß Tatsachen feststellen, wenn ein verständiger Richter nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten die Tatsache als bewiesen ansähe. Damit muß der Richter bei der Beweiswürdigung weitgehend von seiner eigenen Person absehen und sich darum bemühen festzustellen, wie ein auf der Höhe der Bildung seiner Zeit stehender Richter, der

---

1) Vgl. Sturm, ZStRW 36, S. 45 ff.(48). Nach Sturm führt die Revision den Tatrichter geradezu mit Notwendigkeit dahin, die Beweiswürdigung im Urteil so aufzubauen, daß sie revisionssicher ist, vgl. dazu auch Döhring, S. 442.

2) Vgl. Luhmann (Legitimation) S. 132

Idealrichter, Beweise an seiner Stelle gewürdigt hätte. Er muß anschließend darlegen, warum ein verständiger Richter in dem konkreten Fall die Tatsachen als festgestellt angesehen hätte. Damit kommt es zu einer Verschiebung der für die Tatsachenfeststellung maßgeblichen Kriterien. Nicht mehr die Erlangung der gefühlsmäßigen inneren Gewißheit ist ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, ob der Richter in der Lage ist, die von seinem Urteil unmittelbar Betroffenen, ferner die Allgemeinheit, von der Richtigkeit seiner Feststellung zu überzeugen. Fraglich ist, welches Überzeugungsmodell und damit einhergehend, welche Begründungsweise am ehesten geeignet ist, die Betroffenen und die Allgemeinheit zur Annahme der Entscheidung zu bringen.[1)]

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei einem solchen Überzeugungsmodell die Tatsachenfeststellung die zur Annahme durch die Betroffenen erforderliche Autorität besitzt. Möglicherweise sind in diesem Zusammenhang die Reaktionen aufschlußreich, die die unterschiedlichen Formulierungen, mit denen von der Rechtsprechung das Wesen der richterlichen Überzeugung zu beschreiben versucht worden ist, gefunden haben. Nach dem Reichsgericht gilt im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht, als Wahrheit und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten

---

1) Vgl. dazu noch unten S.173 ff

hohen Wahrscheinlichkeit als Überzeugung von der Wahrheit.[1] Diese Formulierung ist, soweit sie in Entscheidungen in Zivilsachen verwendet wurde, kaum beanstandet worden. In der strafrechtlichen Literatur wird sie hingegen einhellig abgelehnt.[2] Das wirft zwei Fragen auf. Zum einen, warum die Formulierung, nach der das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit als Überzeugung von der Wahrheit gilt, überhaupt auf Kritik gestoßen ist, zum anderen, warum diese Kritik gerade in der strafprozessualen Literatur so stark war.

Auf das Bestehen eines gravierenden Unterschieds in der Sache selbst kann die verschiedene Reaktion nicht zurückgeführt werden. Trotz der unterschiedlichen Formulierungen besteht in der Sache selbst nämlich weithin Einigkeit über die Anforderungen, die an die Tatsachenfeststellung zu stellen sind. Der Richter, der einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt zu ermitteln hat, kann fast nie eine Gewißheit im Sinne eines objektiven Wissens erlangen. Selbst wenn der Angeklagte geständig ist, weiß der Richter nicht, ob er tatsächlich die Tat begangen hat. Der Richter kann lediglich aus dem Erfahrungssatz, daß in der Regel Geständnisse nur abgelegt werden, wenn die Tat wirklich begangen worden ist, den Schluß ziehen, daß auch in dem zu entscheidenden Fall das Geständnis wahr ist. Objektive Sicherheit bieten solche Schlüsse nicht.

---

1) RGZ 15, S. 337 (338); RGSt 61, 202 (206)
2) Vgl. dazu bereits oben S. 53, Anm. 1

Im Regelfall weiß der Richter, daß für die Richtigkeit der Tatsachen lediglich ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad spricht. Hat der Richter dieses Bewußtsein erlangt, so stellt er die Tatsachen fest. Dabei ist ihm häufig sehr wohl klar, daß der von ihm zu beurteilende Sachverhalt sich auch anders zugetragen haben kann. Dennoch setzt er sich über diese Bedenken hinweg, da die anderweitigen Möglichkeiten derartig unwahrscheinlich sind, daß sie, soll eine Tatsachenfeststellung im Prozeß überhaupt möglich sein, bei verständiger Betrachtungsweise unberücksichtigt bleiben müssen.
Die Anforderungen, die an die Tatsachenfeststellung in der Praxis gestellt werden, werden durch die Formulierung, daß das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit als Überzeugung von der Wahrheit gilt, zutreffend beschrieben. Dennoch gibt sich die h.M. mit dieser Formulierung nicht zufrieden. Wenn bei der Sachverhaltsfeststellung schon keine objektive Gewißheit zu erreichen sei, so müsse der Richter zumindest die subjektive Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt haben. Die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genüge nicht. Vielmehr müsse sich beim Richter das Gefühl einstellen, es sei so und nicht anders gewesen. Darin besteht der einzige Unterschied zwischen beiden Überzeugungsmodellen.
In der Praxis wirkt sich dieser Unterschied allerdings kaum aus. Hat der Richter nämlich, obwohl eine derartig hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß verständigerweise an der Tatsache nicht mehr gezweifelt werden kann, dieses sichere Gefühl nicht

erlangt, was sich in den Gründen häufig in der Formulierung niederschlägt, dem Angeklagten sei mit letzter Sicherheit die Tat nicht nachzuweisen, so beanstandet das Revisionsgericht wegen Verkennung des Begriffs der Überzeugung die Tatsachenfeststellung.[1] In der Sache selbst bestehen also nach beiden Auffassungen keine Unterschiede, die die verschiedenen Reaktionen auf die einzelnen Formulierungen erklärbar machten.

Die Verwerfung der vom Reichsgericht gewählten Formulierung kann nicht anders als damit erklärt werden, daß ihr nach Auffassung der h. M. die zur Annahme der Tatsachenfeststellung erforderliche Autorität fehlt. Sofern der Richter Rechtsfragen zu beurteilen hat, ist er den Parteien aufgrund seines Fachwissens überlegen. Auf diesem Gebiet vertrauen die durch das Urteil Betroffenen dem Spruch des Richters, weil sie davon ausgehen, daß der Richter besser als sie weiß, was Rechtens ist. Bei der Tatsachenfeststellung fehlt dem Richter dieser Wissensvorsprung.[2] Wie jeder andere, der es mit der Aufklärung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts zu tun hat, ist er bei der Tatsachenfeststellung auf Wahrscheinlichkeitsprognosen angewesen. Dies wird den Parteien durch die Formulierung, daß ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad als Wahrheit gilt und das Bewußtsein von dem Vorliegen eines solchen Wahrscheinlichkeitsgrades als Überzeugung von der Wahrheit angesehen

---

1) Vgl. dazu Niese, GA, 1954, S. 148ff; OLG Stuttgart, SJZ 1948, S. 615; OLG Frankfurt, SJZ 1948, S. 117-119; zu den beiden Urteilen auch Hartung, SJZ 48, S. 579 (582); vgl. bereits oben S. 82

2) Die Frage, ob der Nichtjurist sogar noch besser geeignet ist, die Tatsachen festzustellen, kann hier offen bleiben.

wird, deutlich vor Augen geführt. Der Richter gibt zu erkennen, daß es auch anders gewesen sein könne.[1] Dies ist auch der Fall, wenn der Richter Tatsachen mit der Begründung feststellt, ein verständiger, besonnener Richter würde im Hinblick auf den an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeitsgrad eine Tatsache als feststehend ansehen. Damit stellt er seine Tatsachenfeststellung zur Diskussion. Scheinbar eindrucksvoller ist hingegen eine Tatsachenfeststellung, die er unter Berufung auf seine eigene Überzeugung begründet.[2] Dies wird deutlich, wenn man folgende Urteilsbegründungen miteinander vergleicht: In der einen heißt es, das Gericht habe einen Totschlag mithöher, an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen und verurteile deshalb; in der anderen, das Gericht habe die Überzeugung gewonnen, daß der Täter einen Totschlag begangen habe und verurteile deshalb. Wenn man diese Überlegungen berücksichtigt, so erscheint zweifelhaft, ob das hier vertretene Überzeugungs- und Begründungsmodell genügend konsensfähig ist.

Dabei muß möglicherweise zwischen Zivil- und Strafprozeß unterschieden werden. Im Zivilprozeß geht es im wesentlichen um die Schlichtung vermö-

---

1) Das darf er grundsätzlich nicht. Wörter wie "könnte", "dürfte", "wahrscheinlich" haben in der Darstellung der Beweiswürdigung nichts zu suchen; vgl. BGHZ 2, 138 (140,141); zum ganzen Schneider (Beweis) S. 118. Nach Diederichsen, ZZP 81, S. 45 (65)erklärt sich ein Teil des Phänomens Anscheinsbeweises möglicherweise aus der dem Richter zugewiesenen Autoritätsrolle, die er vielleicht auch im Tatsächlichen behaupten zu müssen glaubt, obwohl bestehen bleibende Zweifel am Tatsächlichen noch keine Rechtsverweigerung bedeuten.

2) Vgl. Zeiler, LZ 33, S. 280

gensrechtlicher Streitigkeiten. Mit dem Urteilsspruch ist keine soziale Ächtung verbunden. Demgemäß ist die Annahmebereitschaft der Parteien größer. Im Zivilprozeß wird es eher akzeptiert, wenn der Richter in den Gründen offen ausspricht, daß er eine Tatsache deswegen feststellt, weil für sie lediglich eine hohe, nahezu an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit spricht. Das zeigt sich, wie bereits ausgeführt, darin, daß Umschreibungen der richterlichen Überzeugung, in denen in erster Linie auf die Wahrscheinlichkeit abgestellt wird, im Zivilprozeß kaum auf Kritik gestoßen sind. Dies zeigt sich insbesondere an der Entwicklung des prima facie-Beweises. Dieser beruht ausschließlich auf Wahrscheinlichkeitserwägungen, denen gegenüber die ureigene persönliche Einstellung des Richters zurücktreten muß.

Das Strafurteil enthält einen ungleich stärkeren Eingriff als das Zivilurteil.[1] Es kann zum langjährigen Verlust der Freiheit führen. Selbst wenn in ihm nur lediglich eine verhältnismäßig geringe Geldstrafe ausgesprochen ist, kann die Verurteilung die Vernichtung der bürgerlichen Existenz bedeuten. Je gravierender der staatliche Eingriff ist, desto stärker müssen einmal die Garantien dafür ausgebildet sein, daß nur der wirklich schuldige Täter verurteilt wird. Zum anderen müssen die Gründe in besonderem Maße die zur Annahme der Entscheidung erforderliche Autorität ausstrahlen.

---

1) Vgl. die Bemerkung von Pohle (Revision) S. 97, nach der es in Strafsachen eigentlich keine Bagatellsachen gibt.

Dies legt den Schluß nahe, im Strafprozeß am herkömmlichen Überzeugungsmodell festzuhalten. Im Zivilprozeß könnte sich der Richter dann mit einem hohen Wahrscheinlichkeitsgrad bei der Tatsachenfeststellung begnügen. Im Strafprozeß müßte er die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangen, genauer gesagt, er müßte zumindest in den Gründen vorgeben, die innere Gewißheit erlangt zu haben.

Daß es möglich ist, in verschiedenen Verfahren nach unterschiedlichen Überzeugungsmodellen die Tatsachen festzustellen, zeigen ausländische Rechtsordnungen. Ein Hinweis dafür, daß auch im deutschen Recht die für die Tatsachenfeststellung erforderliche Überzeugung in unterschiedlichem Sinne verstanden wird, ließe sich daraus entnehmen, daß § 286 Abs. 1 S. 2 eine begründete Überzeugung verlangt, während nach § 267 StPO ursprünglich keine Begründung erforderlich war. Da zwischen begründeter und der letztlich auf einem irrational geprägten Gefühlsakt beruhenden unbegründeten Überzeugung ein gravierender Unterschied besteht, der, überspitzt formuliert, sogar den Schluß zuläßt, daß begründete und unbegründete Überzeugung zwei inhaltlich grundverschiedene Dinge sind,[1] könnte angenommen werden, daß sich die in § 286 ZPO verlangte Überzeugung von derjenigen, die § 261 StPO voraussetzt, unterscheidet. Dafür ließe sich auch noch anführen, daß im Zivilprozeß die Freiheit der richterlichen Überzeugungsbildung, etwa durch Entwicklung des prima facie-Beweises, stärker

---

1) Nach Sarstedt (Beweisregeln) S. 174 bedeutet der Zwang, die tatsächlichen Feststellungen begründen zu müssen, im Grunde schon das Ende der ganz freien Beweiswürdigung.

eingeschränkt worden ist als im Strafprozeß. Gegen eine unterschiedliche Interpretation des Merkmals der freien Überzeugung sprechen aber wichtige Gründe. Zunächst ist der gleiche Wortlaut ein zwar nicht zwingendes, so doch wichtiges Indiz dafür, daß der Gesetzgeber in beiden Verfahrensarten dieselben Anforderungen an die Tatsachenfeststellung stellte. Dies wird dadurch bestätigt, daß das Prinzip der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß u. a. deswegen eingeführt wurde, um die Art der Tatsachenfeststellung im Zivil- und Strafprozeß zu vereinheitlichen.
Nachdem die Anforderungen an die Begründungspflicht im Strafprozeß denjenigen des Zivilprozesses angeglichen worden sind, trifft ferner das Argument, begründete und unbegründete Überzeugung seien wesensmäßig grundverschieden, nicht mehr zu.
Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die Aufgabe eines einheitlichen Überzeugungsbegriffs zu einer erheblichen Unsicherheit führte, stellte sich doch dann die Frage, ob nicht in den anderen Verfahrensordnungen entsprechend ihrer unterschiedlichen Zielsetzung auch nach jeweils unterschiedlichen Überzeugungsmodellen Tatsachen festzustellen sind. Demnach muß für den Zivil- und Strafprozeß die Frage, welches Überzeugungs- und Begründungsmodell die bessere Aussicht hat, von den Betroffenen und der politisch interessierten Öffentlichkeit akzeptiert zu werden, einheitlich entschieden werden.

Das Vertrauen der Öffentlichkeit, daß der Richter die Tatsachen unparteiisch feststellt, gründet sich zunächst darauf, daß bei jedem Prozeß genau vorgeschrieben ist, welchen Weg der Richter bei der Tatsachenfeststellung einzuhalten hat. Der Richter darf

nur solche Beweismittel berücksichtigen, die in prozeßordnungsgemäßer Weise gewonnen worden sind. Daß der Richter die zahlreichen Vorschriften über die Tatsachenfeststellung eingehalten hat, also in justizförmiger Weise vorgegangen ist, genügt aber allein nicht, um die unmittelbar Betroffenen und die Allgemeinheit zur Anerkennung der Feststellung zu bringen. Der Richter muß vielmehr die Frage, ob eine Tatsache wahr oder unwahr ist, in einer das allgemeine Rechtsbewußtsein befriedigenden Weise lösen. Wenn er seine Feststellungen entscheidend auf seine ureigene, emotional gefärbte und damit der rationalen Kontrolle im Grunde entzogenen Überzeugung stützt, verlangt er von dem Betroffenen letztlich Anerkennung seiner ihm durch das Amt verliehenen Autorität. Damit verzichtet er im Grunde darauf, durch rationale Argumente zu überzeugen. Dies wäre unschädlich, wenn seine Amtsautorität allein die Herbeiführung des Konsenses gewährleistete. Dies ist aber, wie bereits oben ausgeführt, anders als bei dem Spruch der Geschworenen nicht der Fall. Dabei können die Streitfragen über die Funktion des Richterspruchs und über den Zweck des Zivil- und Strafprozesses offenbleiben.[1] Trotz unterschiedlicher Auffassungen über Einzelfragen besteht weithin Einigkeit darüber, daß die Konsensfähigkeit der Entscheidung davon abhängt, ob es dem Richter gelingt, offen und überzeugend darzulegen, warum er

---

1) Vgl. dazu Eike Schmidt, S. 1 ff.; Pawlowski, ZZP 80, S. 345 ff.; Gaul, AcP 168, S. 27 ff.; Schmidthäuser, S. 511 ff.; Lampe, GA 1968, S. 33 ff.; Eb. Schmidt, (Lehrkommentar I (2) Rdz. 20.

zu seiner Entscheidung gekommen ist.[1] Nach Luhmann[2] kommt es allerdings, da eine sachlich richtige Entscheidung durch ein Verfahren ohnehin nicht gewährleistet werden könne, nicht darauf an, die Zustimmung der Betroffenen zu gewinnen. Vielmehr legitimiere das justizförmige Verfahren selbst die Entscheidung. Die Thesen Luhmanns beruhen auf der unzutreffenden Vorstellung, die Aufgabe des Richters bestehe im wesentlichen darin, die Lebenssachverhalte unter ein nahezu lückenlos kodifiziertes Rechtssystem zu subsumieren.[3] Ihre Unrichtigkeit zeigt sich insbesondere im Bereich der Tatsachenfeststellung. Wenn wirklich die Einhaltung der Verfahrensvorschriften entscheidend für die Herbeiführung des Rechtsfriedens ist, dann müßte der Gesetzgeber selbst durch das Aufstellen unzähliger Beweisregeln die Tatfrage zu lösen versuchen, wobei es nicht darauf ankäme, ob die Beweisregeln sachlich richtig wären. Die Konsensfähigkeit der Entscheidung ist am ehesten gewährleistet, wenn der Richter klar zu erkennen gibt, er habe eine Tatsache deswegen festgestellt, weil im Hinblick auf das Bestehen einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit jeder andere verständige Richter ebenfalls die Tatsache als bewiesen ansehe.

---

1) Vgl. Schlüter, S. 96, 98; Eike Schmidt, S. 23; Esser (Vorverständnis) S. 14 ff, Kriele, S. 315/316, Haverkate, ZRP 1973, S. 281-287, Pawlowski, ZZP 80, S. 345, 388.
Diese Ausführungen beziehen sich zwar in erster Linie auf die Rechtsausführungen im Urteil. Sie können aber ohne weiteres auf die Beweiswürdigung übertragen werden, da auch hier ihr gemeinsamer Grundgedanke, daß nämlich der Richter nicht durch sein Amt, sondern durch seine Argumente zu überzeugen hat, zutrifft.

2) Vgl. Luhmann, bes. S. 21-34.

3) Vgl. dazu Esser (Vorverständnis) S. 202 ff; Eike Schmidt, S. 19-23.

Hingegen wird durch die Formulierung, der Richter müsse eine persönliche, letztlich nicht nachvollziehbare Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt haben, verdeckt, daß in den meisten Fällen eine solche innere Gewißheit gar nicht erlangt werden kann.[1] Durch die Betonung der inneren Gewißheit wird nur der Schein erweckt, als seien die Möglichkeiten eines Anderseins im Bewußtsein des Richters ausgelöscht.[2] Dies gibt seinen Gründen einen autoritativen Anstrich, der der Erreichung des Ziels, durch sachliche Argumente zu überzeugen, nur hinderlich ist. Schließlich gibt eine als emotional betontes Fürwahrhalten verstandene freie Überzeugung, wie zahlreiche Fehlinterpretationen zeigen,[3] Anlaß zu dem Mißverständnis, als sei dem Tatrichter das Recht, nach freier Überzeugung Tatsachen feststellen zu können, um seiner selbst willen übertragen worden. Hingegen führt die Formel, nach der es für die Tatsachenfeststellung entscheidend ist, ob ein anderer verständiger, besonnener Richter die Tatsache ebenfalls als festgestellt ansähe, dem Richter deutlich vor Augen, daß er als Repräsentant der Gemeinschaft nicht nach ureigener privater, persönlicher Überzeugung Tatsachen feststellen darf.[4]

---

1) Vgl. unten S. 177 ff
2) Vgl. Zeiler, LZ 33,S.280
3) Vgl. oben S.58
4) Vgl. Schlüter, S. 96, dessen Ausführungen sich allerdings auf die rechtliche Würdigung beziehen.

6. Kapitel

Wahrheitsfeststellung nach den beiden Überzeugungsmodellen

Die Beantwortung der Frage, welchem Überzeugungsmodell der Vorzug zu geben ist, hängt maßgeblich davon ab, welches Modell am ehesten gewährleistet, daß nur wahre Tatsachen in einer konsensfähigen Weise festgestellt werden. Nach h. M. wird dieser Zweck am ehesten erreicht, wenn der Richter nur dann Tatsachen feststellen darf, wenn er die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt hat. Der Richter darf sich danach nicht mit einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung zufrieden geben.[1] Wahrscheinlichkeitsüberlegungen sind nur vorstufige Hilfsmittel zur Erlangung der Überzeugung.[2] Der Richter muß über das Wahrscheinlichkeitsurteil hinausgehend die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt haben. Es sei geradezu die begriffliche Funktion der freien Überzeugung, aus der bloßen Wahrscheinlichkeit die innere Gewißheit zu gewinnen.[3]
Es ist zweifelhaft, ob die innere Gewißheit in einem Großteil der vom Richter zu beurteilenden Sachverhalte tatsächlich gewonnen werden kann. Sicher gibt es Fälle, in denen sich beim Richter aufgrund des in der Hauptverhandlung gewonnenen Eindrucks, das

---

1) Vgl. RGZ 98, 56; RGZ 95, 249; grundlegend zum Verhältnis Wahrscheinlichkeit und Überzeugung RGZ 162, 223 (229); vgl. im übrigen die bereits oben angeführten Entscheidungen S.
2) Vgl. RGZ 95, 249
3) Vgl. Wimmer, DRZ 1950, S. 390 (392). Der Prozeß der Überzeugungsbildung wird von Wimmer allerdings nur unklar beschrieben. Nach Wimmer, a.a.O., sind die irrationalen Willens- und Gefühlsmomente bei der Überzeugungsbildung unentbehrlich, weil die ratio allein die psychische Verarbeitung des Bezweifelbaren zu einem Unbezweifelten nicht leisten kann. Die rein rationale Verarbeitung des Bezweifelbaren, Wahrscheinlichen bliebe im Wahrscheinlichkeitsurteil stecken.

"Gewißheits- oder Evidenzgefühl" einstellt, die Sache sei so und nicht anders gewesen.[1] Bei einem Großteil der Sachverhalte, mit denen der Richter konfrontiert wird, wird sich dieses Gewißheitserlebnis nicht von selbst einfinden. Wenn der Angeklagte beispielsweise bestreitet, die Tat begangen zu haben, so ist eine Überführung häufig ausgeschlossen, wenn das Strafgericht sich nicht entschließt, im Hinblick auf die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit die Tat als bewiesen anzusehen. Ohne diesen Willensentschluß kann der Richter bei der Tatsachenfeststellung nicht auskommen. Die h. M. betont denn auch, zur Überzeugungsbildung gehöre ein voluntatives Element, aufgrund dessen es möglich sei, Zweifel zu überwinden und die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache zu erlangen.[2] Ob dies richtig ist, erscheint zweifelhaft. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme Bohnes. Bohne hat sich bislang als einziger ausführlich mit der Frage der Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung befaßt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß wenn "ein bewußter Wille die Zweifelslösung übernimmt, damit stets das Gefühl der Willkür, Fälschung, der Disharmonie verbunden sei".[3] In der Tat wird es gerade einem besonnenen, in erster Linie rational und nicht emotional ausgerichteten Richter auch dann, wenn er sich zur Feststellung entschlossen hat, bewußt sein, daß Zweifel bestehen geblieben sind. Damit wird bei einem Großteil der Sachverhaltsfest-

---

1) Vgl. Bohne (Psychologie) S. 76
2) Vgl. Wimmer, DRZ 1950, S. 392/393; Berkemann, JZ 71, S. 539; Döhring, S. 466, 667; Weimar, S. 75 ff.
3) Vgl. Bohne a.a.O., S. 79

stellungen vom Richter etwas verlangt, was er psychisch gar nicht leisten kann. Um der Tatsachenfeststellung die zur Annahme erforderliche Autorität zu verleihen, muß der Richter in den Gründen vorgeben, die subjektive Gewißheit erlangt zu haben, obwohl Zweifel bestehen geblieben sind. Es kann demnach festgestellt werden, daß der Richter, der vorgibt, die persönliche Gewißheit erlangt zu haben, der Wahrheit der Tatsache nicht näher gekommen ist, als derjenige, der offen ausspricht, eine Tatsache deswegen festgestellt zu haben, weil für sie eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit spricht.

Gegen das hier vorgeschlagene Überzeugungsmodell könnten aber folgende Bedenken sprechen. Bei einer fiktiven Beweiswürdigung muß der Richter weitgehend von seiner eigenen Einstellung absehen und zu ergründen versuchen, wie jeder andere verständige Richter an seiner Stelle entschieden hätte. Damit besteht die Gefahr, daß der Richter bei der Tatsachenfeststellung vor der persönlichen Verantwortung ausweicht. Gegen das Wahrscheinlichkeitsmodell ist denn auch immer wieder vorgebracht worden, es lasse den Aufklärungseifer erlahmen und führe dazu, daß die Beweismittel nicht wirklich ausgeschöpft würden.[1)]

Nur wenn der Richter das Gefühl der persönlichen Verantwortung für die Tatsachenfeststellung habe, sei gewährleistet, daß der Sachverhalt umfassend aufgeklärt werde. Dies ist in der Tat ein wichtiges Argument.

---

1) Vgl. Esser (Freiheit) S. 79; Wassermeyer (prima-facie-Beweis) S. 38, 39, 49; Döhring, S. 447; Scheuerle (Rechtsanwendung) S. 78, Fußn. 82; Werner (Diss.) S. 65

Andererseits darf nicht übersehen werden, daß das Überzeugungsmodell, nach dem die Erlangung der persönlichen Gewißheit das entscheidende Kriterium der Tatsachenfeststellung ist, die Gefahr in sich birgt, daß sich der Richter vorschnell mit der Erlangung der inneren Gewißheit zufrieden gibt, ohne ausreichend zu prüfen, ob eine hinreichend gefestigte Beweisgrundlage besteht. Gerade bei einem unerfahrenen, mit Vorurteilen behafteten Richter wird sich diese innere Gewißheit besonders schnell einstellen.[1] Durch die Formulierung, nach der der Richter dann eine Tatsache als bewiesen ansehen darf, wenn ein anderer Richter ebenfalls von der Richtigkeit überzeugt wäre, wird dem Richter deutlich vor Augen geführt, daß er sich nicht vorschnell auf seine persönliche Überzeugung verlassen darf.

Damit läßt sich auch der Einwand entkräften, die Aufgabe der persönlichen Überzeugung verführe zu einer Verflachung der Beweiswürdigung. Der Richter, der die Tatfrage so zu entscheiden hat, wie jeder andere verständige Richter an seiner Stelle sie entschieden hätte, wird gerade dazu aufgerufen, sich sämtlicher Hilfsmittel zu bedienen, die jeder andere, der mit der Aufklärung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts befaßt ist, ebenfalls benutzt hätte. Da dadurch die Gefahr einer vorschnellen Meinungsbildung eher ausgeschaltet wird als durch das herkömmliche Überzeugungsmodell, wird durch die hier vertretene Interpretation des Merkmals der freien Überzeugung die Wahrheitsfindung m. E. nicht verschlechtert, sondern eher verbessert.

---

1) Vgl. Bohne (Psychologie) S. 49, vgl. auch Schreiber, S. 4 - 6

7.Kapitel

Die Revision nach beiden Beweismodellen[1)]

Gem.§§ 550,561 Abs.2 ZPO kann im Zivilprozeß mit der Revision nur eine Rechtsverletzung geltend gemacht werden. Im Strafprozeß kann gem. § 337 StPO die Revision ebenfalls nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe[2)].Das Gesetz verpflichtet den Richter in den §§ 286 ZPO,261 StPO nach freier Überzeugung Tatsachen festzustellen. Hat der Richter nach freier Überzeugung entschieden,entspricht die Tatsachenfeststellung dem Gesetz.
Nach herrschender Meinung bedeutet Überzeugung subjektives Fürwahrhalten.Wenn der Richter die innere Gewißheit von der Richtigkeit der Tatsache erlangt hat und deshalb die Tatsache als bewiesen ansieht,so ist die Tatsachenfeststellung gesetzmäßig erfolgt.Trotz dieses Ausgangspunktes bejaht die absolut h.M. eine Rechtsverletzung,wenn bei der Beweiswürdigung Denkgesetze,wissenschaftliche Erkenntnisse und Erfahrungssätze nicht beachtet worden sind. Daß es nicht

---

1)Bereits oben ist auf zahlreiche Streitfragen im Zusammenhang mit der Revisibilität der Tatsachenfeststellung eingegangen worden.Die folgenden Ausführungen beziehen sich im wesentlichen auf die Frage,ob das hier vertretene Beweismodell zur vollen Revisibilität der Tatsachenfeststellung führt.

2)Innerhalb der Streitfragen zur Revisibilität der Tatsachenfeststellung lassen sich zwei grundsätzlich verschiedene Stellungnahmen unterscheiden.Nach der einen Auffassung ist die logische Unterscheidbarkeit zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung entscheidendes Kriterium der Revisibilität.Vgl.Scheuerle, AcP 157,S.1 ff;Henke (Tatfrage) S.138 ff
Nach anderer Auffassung kann die Frage, in-wiefern die Tatsachenfeststellung der Revision unterliegt,nur vom Zweck der Revision entschieden werden,da zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung nicht getrennt werden könne.Vgl.Kuchinke (Grenzen) bes.S.82 ff; Schwinge (Revision),bes.S.48 ff
Zum Ganzen bereits oben S. 10 ff

möglich ist,einerseits am herkömmlichen Überzeugungsmodell festzuhalten,andererseits die persönliche Überzeugung des Richters in diesen Fällen für unerheblich zu halten ist bereits oben dargelegt worden.

Nach der hier vertretenen Auffassung darf und muß der Richter Tatsachen dann feststellen,wenn jeder andere verständige Richter diese als bewiesen ansähe.Da ein verständiger Richter sich aller Hilfsmittel bedient, die die Rekonstruktion eines historischen Sachverhalts ermöglichen,wird unmittelbar gegen die §§ 286 ZPO,261 StPO verstoßen,wenn der Richter Denkgesetze, wissenschaftliche Erkenntnisse und Erfahrungssätze nicht beachtet.Damit ist eine die Revision begründende Rechtsverletzung gegeben.

Allerdings stellt sich dann die Frage,in welchem Umfang bei Zugrundelegung dieses Beweismodells die Beweiswürdigung revisibel ist.Die Formel,nach der die Auffassung eines verständigen Richters über die Tatsachenfeststellung entscheidet,könnte dem Revisionsgericht ähnlich wie bei der Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe die Möglichkeit eröffnen,unter Berufung darauf,daß ein lebenserfahrener Richter anstelle des Tatsachenrichters anders entschieden hätte,die Feststellung zu beanstanden. Sie läßt sogar Raum dafür, daß der Tatsachenrichter ohne Rücksicht auf seine ureigene persönliche Überzeugung zur Feststellung gezwungen wird.[1] Damit könnte die Gefahr bestehen,daß nicht der Tatsachenrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung,sondern der Revisionsrichter nach Aktenlage über die Tatsachenfeststellung entscheidet[2].

---

1) Das kritisieren Ehrenzweig JW 1929,S.85 (87) und Stree, S.39 an der in RGSt 61,202 (206) gebrauchten Formulierung

2) Vgl. Hartung SJZ 1948,S.579 (582)

Hartung[1] sieht sogar durch Formulierungen, nach denen nicht die subjektive Gewißheit, sondern in erster Linie objektive Wahrscheinlichkeitsüberlegungen für die Tatsachenfeststellung maßgeblich sind, moderne Errungenschaften des Strafprozesses, insbesondere das Mündlichkeitsprinzip bedroht.

Demgegenüber ist daran zu erinnern, daß das Beweismodell, nach dem die Sicht eines verständigen Richters maßgeblich ist, unter anderem deswegen als geeigneter angesehen worden ist, weil es am ehesten gewährleistet, daß der mit der Einführung der freien Beweiswürdigung verfolgte Zweck, eine verbesserte Wahrheitsfeststellung zu ermöglichen, erreicht wird. Nicht sollte damit die volle Revisibilität befürwortet werden. Da dem Tatsachenrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung die besseren Erkenntnismöglichkeiten als dem Revisionsgericht zur Verfügung stehen, muß ihm bei der Beurteilung der Frage, ob ein verständiger Richter die Tatsache als bewiesen angesehen hätte, eine gewisse Freiheit eingeräumt werden.
Zur Lösung des Problems, in welchem Umfang die Beweiswürdigung revisibel ist, könnten die im Verwaltungsrecht entwickelten Ermessensgrundsätze auf die Tatsachenfeststellung übertragen werden. Im Zivil- wie im Strafprozeß ist die Tatsachenfeststellung nach freier Überzeugung z. T. als Ermessensentscheidung angesehen worden.[2] Diese Auffassung verkennt, daß Ermessen immer die Wahl zwischen gleichermaßen rechtmäßigen Entscheidungen voraussetzt.[3] Bei der Tatsachenfeststellung fehlt diese

---

1) Vgl. Hartung, SJZ 1948, S. 579 (582)
2) So Schwinge (Revision) S. 155; Pagendarm, S. 50; neuerdings wiederum Geerds (Einheit), S. 275, der sich aber zu unrecht auf Warda beruft. Vgl. folgende Anm.
3) Vgl. Wolff, § 31 II a; Drost, S. 32 ff; Warda, S. 63; Warda, S. 165 hält es für einen "Höhepunkt der Begriffsverwirrung", die Tatsachenfeststellung als Ermessensentscheidung zu bezeichnen.

Wahlmöglichkeit.Der Richter kann nur zur Feststellung kommen oder erklären,die zum Beweis erforderliche Sicherheit sei nicht erreicht worden.
Näher liegt schon,dem Richter bei der Beantwortung der Frage,wie ein verständiger Richter die Tatsachen festgestellt hätte, einen Beurteilungsspielraum einzuräumen.Im Verwaltungsrecht ist insbesondere bei der gerichtlichen Kontrolle von Prüfungsentscheidungen anerkannt,daß die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden nur in beschränktem Umfange nachprüfbar sind.[1] Daß trotz der in Art. 19 Abs.4 GG enthaltenen Rechtsweggarantie in diesen Fällen nur eine beschränkte Rechtskontrolle gewährt wird, wird bei Prüfungsentscheidungen unterschiedlich begründet.Zum Teil wird darauf hingewiesen,daß es sich dabei um höchstpersönliche und damit unvertretbare Urteile handle[2]. .Ferner wird zur Begründung angeführt,die Beurteilung der Leistung des Prüflings hänge von der besonderen Prüfungssituation ab.Diese sei aber in ihrer Gesamtheit und Einmaligkeit in der Gerichtsverhandlung nicht rekonstruierbar.[3]

In dieser Hinsicht besteht eine Ähnlichkeit zur Tatsachenfeststellung.Der Richter trifft seine Feststellungen aufgrund des gesamten Inhalts der Verhandlung. Diese ist ebenfalls in ihren Einzelheiten nicht wiederholbar.Zwischen dem Beurteilungsspielraum und der Beweiswürdigung besteht eine weitere Paralelle.Im Unter-

---

1) Vgl.BVerwGE 8,272;11,165;15,47;19,346; Wolff § 31 Ic4; Bachof,JZ 1966,S.436 (442),
DasBVerwG hat lange Zeit nur bei Prüfungsentscheidungen und bei der dienstlichen Beurteilung von Beamten einen Beurteilungsspielraum anerkannt.Andere unbestimmte Rechtsbegriffe wurden in vollem Umfang überprüft;Vgl. BVerwGE 23,200 (zur Frage, ob ein Film "besonders wertvoll"ist). Indem sog.Indizierungsurteil (BVerwGE 39,197 (besonders S.203/204)) ist das BVerwG von dieser Auffassung abgerückt.Es hat der Bundesprüfstelle bei der Indizierung jugendgefährdender Schriften einen Beurteilungsspielraum zuerkannt.Vgl.dazu Bachof JZ 1972,S.208 ff; von Olshausen JuS 1973,S.217 ff;Bullinger, NJW 1974, S.769 m.w.N. in Fn.2
2) Vgl.Wolff a.a.O.
3) Vgl. BVerwGE 23,200

schied zum Ermessen kann bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs theoretisch nur eine Entscheidung richtig sein.Müssen zum Bestehen einer Prüfung ausreichende Kenntnisse nachgewiesen sein,so kann der Prüfer bei der Beurteilung der Leistung nur eine richtige Entscheidung treffen.Entweder sind nämlich die Leistungen a usreichend oder sie sind es nicht mehr.Ebenso kann bei der Tatsachenfeststellung nur eine Feststellung zutreffen. Im Hinblick auf die aufgezeigten Paralellen erscheint es vertretbar,dem Richter bei der Beantwortung der Frage, wie ein verständiger Richter die Tatsachen festgestellt hätte,einen Beurteilungsspielraum einzuräumen.[1]

Die Grenzen des Beurteilungsspielraums sind unter Berücksichtigung des von den §§ 286 ZPO,261 StPo verfolgten Zwecks zu bestimmen.Danach sollte im Interesse der Konsensfähigkeit der Entscheidung die Wahrheitsfindung verbessert werden.Folgerichtig kann überprüft werden,ob der Richter sich der Hilfsmittel bedient hat, die zur Wahrheitsfeststellung erforderlich sind.Verstöße gegen die Denkgesetze und wissenschaftliche Erkenntnisse begründen die Revision.Überprüft werden kann auch,ob der Richter die Erfahrungssätze beachtet hat. Hingegen ist es grundsätzlich Sache des Tatsachenrichters, darüber zu entscheiden,ob die zur Feststellung erforderliche Wahrscheinlichkeit erreicht worden ist.Kommt der Richter zu Feststellungen,die zwar denkgesetzlich möglich, jedoch so unwahrscheinlich sind,daß sie von einem verständigen Dritten nicht nachvollziehbar sind,so müssen sie vom Revisionsgericht beanstandet werden.Im entgegengesetzten Fall ist der Richter,etwa bei Bestehen eines besonders beweiskräftigen Erfahrungssatzes zur Feststellung verpflichtet,wenn jeder andere keine vernünftigen, rational begründbaren Bedenken gegen die Richtigkeit der Tatsache erheben kann.

---

1)Auch Blomeyer (Lehrbuch) § 104 III 3c räumt dem Richter bei der Tatsachenfeststellung einen Beurteilungsspielraum ein.Vgl.auch Henke (Tatfrage) S.270,271

Lebenslauf

Ich wurde am 2. November 1941 in Münster /Westf. als ältester Sohn des Landesrentmeisters Heinrich Heescher und seiner Ehefrau Anna, geb. Schmitz, geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Schlaungymnasiums in Münster bestand ich 1961 die Reifeprüfung. Von 1961 bis 1963 studierte ich Deutsch, Geschichte und Kunstgeschichte. Nach einem achtsemestrigen Studium der Rechtswissenschaft in Münster bestand ich 1967 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. 1971 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen ab.

Ich bin Wissenschaftlicher Assistent an der Westfälischen Wilhelms-Universität. Ab September 1974 werde ich als Rechtsanwalt arbeiten.